

# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**

## **FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**



### **TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO**

#### **TITULO:**

**“PREFERENCIA PARA ADOPCIÓN EN ACOGIMIENTO  
FAMILIAR”**

#### **PRESENTADO POR:**

**NADIA YEXENIA VIDAURRE YENQUE**

**PIURA, AGOSTO DEL 2018**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**“PREFERENCIA PARA ADOPCIÓN EN ACOGIMIENTO FAMILIAR”**

LOS SUSCRITOS DECLARAMOS QUE EL PRESENTE TRABAJO DE  
TESIS ES ORIGINAL EN SU CONTENIDO Y FORMA

  
**Dr. Santiago Herrera Navarro**

**ASESOR**

  
**Bach. Nadia Yexenia Vidaurre Yenque**

**TESISTA**

**PIURA – PERÚ**

**2018**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE PIURA**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS**

**“PREFERENCIA PARA ADOPCIÓN EN ACOGIMIENTO FAMILIAR”**

TESIS REVISADA Y APROBADA POR EL JURADO



**Mg. Jorge Hernán Ruiz Arias**  
**PRESIDENTE**



**Abog. Rosa Esthely Bayona Castro**  
**MIEMBRO**



**Dra. Jacqueline Sarmiento Rojas**  
**MIEMBRO**

**PIURA – PERÚ**

**2018**

"AÑO DEL DIÁLOGO Y LA RECONCILIACION NACIONAL"

**ACTA DE SUSTENTACIÓN POR TESIS**

Los miembros del Jurado Calificador que suscriben, reunidos a las 18:30 horas del día Lunes 13 de Agosto del 2018 en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, para evaluar la Tesis titulada: "**PREFERENCIA PARA ADOPTAR EN ACOGIMIENTO FAMILIAR**", presentada por la Bachiller: **VIDAURRE YENQUE NADIA YEXENIA**; oídas las observaciones y respuestas a las preguntas formuladas y de conformidad al Reglamento de Tesis para la obtención del Título Profesional, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, lo declaran:

**APROBADO** ☒

**DESAPROBADO** ( )

El dictamen y calificaciones podrán ser, según Reglamento de Tesis:

Excelente

-

Sobresaliente

-

Notable

-

Bueno

Con la mención de:

Bueno

- ( ) En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por Consejo de Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título de Abogado.
- ( ) En consecuencia, queda en condición de ser ratificada por el Consejo Universitario de la Universidad Nacional de Piura y recibir el Título de Abogado, después de que la sustentante incorpore las sugerencias del Jurado Calificador.

Piura, 13 de agosto del 2018

  
DR. JORGE HERNAN RUIZ ARIAS  
PRESIDENTE

  
DRA. JACQUELINE SARMIENTO ROJAS  
MIEMBRO

  
MAG. ESTHELY ROSA BAYONA CASTRO  
MIEMBRO

## **DEDICATORIA:**

El presente trabajo de investigación está dedicado a las personas que reciben menores en acogimiento familiar y no son favorecidos con la adopción porque ésta se realiza a favor de otras personas

## **AGRADECIMIENTO**

Un especial agradecimiento a Dios que es mi guía en todo el proyecto de mi vida, a mi familia por inculcarme el amor y el respeto por los demás y ser mi soporte en todo mi crecimiento personal y a todas aquellas personas que de una u otra manera han permitido la culminación de mis estudios universitarios, esperando con esta investigación poder graduarme de abogada.

## ÍNDICE

DEDICATORIA	02
AGRADECIMIENTO	03
ÍNDICE	04
GLOSARIO	09
RESUMEN	15
ABSTRACT	16
INTRODUCCIÓN	17

## CAPITULO I

### MARCO TEÓRICO

1.1.- LA ADOPCIÓN	19
1.1.1.- ANTECEDENTES	19
1.1.1.1.- LA ADOPCIÓN EN LA ANTIGÜEDAD	19
1.1.1.2.- LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO MEDIEVAL	23
1.1.1.3 LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO MODERNO	24
1.1.1.4 LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO	25
1.1.2.- CONCEPTO	26
1.1.3.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADOPCIÓN	27
1.1.4.- FUNDAMENTOS Y OBJETIVO PRIMORDIAL DE LA ADOPCIÓN	29
1.1.5.- CARACTERÍSTICAS	30
1.1.6.-EFECTOS JURÍDICOS	31
1.1.7.- REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL	32

1.1.7.1.- A NIVEL INTERNACIONAL	32
1.1.7.1.1.- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	32
1.1.7.1.2.- CONVENCIÓN DE LA HAYA	32
1.1.7.1.3.- CONVENIOS BILATERALES SUSCRITOS POR PERÚ EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL	33
1.1.7.1.4.-CONVENIOS SUSCRITOS ENTRE EL ORGANISMO CENTRAL DEL PERÚ Y LAS ENTIDADES COLABORADORAS EN MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES	34
1.1.7.2.- A NIVEL NACIONAL	36
1.1.7.2.1.- EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993	36
1.1.7.2.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984	36
1.1.7.2.3.- EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 1992	39
1.1.7.2.4.- EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL 2000	42
1.1.8.- TIPOS DE ADOPCIONES	46
1.1.9.- LA ADOPCIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA	46
1.1.9.1.- PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA	51
1.1.10.- LA ADOPCIÓN EN SEDE JUDICIAL	54
1.1.11.- LA ADOPCIÓN DE PERSONAS MAYORES DE EDAD	57
1.2.- LA FAMILIA	57



1.2.1.- ETIMOLOGÍA	57
1.2.2.- EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PERÚ	58
1.2.3.- CONCEPTO	61
1.2.4.- IMPORTANCIA DE LA FAMILIA	62
1.2.5.- PROTECCIÓN DE LA FAMILIA A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL	63
1.2.5.1.- A NIVEL INTERNACIONAL	63
1.2.5.2.- A NIVEL NACIONAL	64
1.2.5.2.1.- EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993	64
1.2.5.2.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984	66
1.3.- EL MATRIMONIO	67
1.3.1.- ANTECEDENTES	67
1.3.2.- CONCEPTO	70
1.3.3.- NATURALEZA JURÍDICA	70
1.4.- LA COLOCACIÓN FAMILIAR	72

## **CAPITULO II**

### **DISEÑO METODOLÓGICO**

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	74
2.2.- FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	74
2.3.- JUSTIFICACIÓN	75
2.4.- VIABILIDAD	75
2.5.- OBJETIVOS	75
2.5.1.-OBJETIVO GENERAL	75
2.5.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS	75
2.6.- HIPÓTESIS	76

2.7.-	VARIABLES	76
2.7.1.-	VARIABLE INDEPENDIENTE	76
2.7.2.-	VARIABLE DEPENDIENTE	76
2.7.3.-	CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	76
2.7.4	OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	77
	INDICADORES	
2.8.-	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	77
2.8.1.-	TIPO DE INVESTIGACIÓN	77
2.8.2.-	TÉCNICAS Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	77
2.8. 2.1.	TÉCNICAS	77
2.8. 2.2.	MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN	78
	<b>CAPITULO III</b>	
	<b>PROBANZA DE HIPÓTESIS</b>	
3.1.-	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	79
3.2.-	ANÁLISIS Y PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	84
	CONCLUSIONES	93
	RECOMENDACIONES	94
	BIBLIOGRAFÍA	95
	ANEXOS	97

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

**ACCIÓN.** La acción equivale al ejercicio de una potencia o facultad. Efecto o resultado de hacer.

“Del latín agere, hacer, obrar. La amplitud de esta palabra es superada difícilmente por otra alguna; pues toda la vida es acción, y solo existe inacción – corporal al menos- en la muerte y en la nada.

Acción denota el derecho que se tiene a pedir alguna cosa o la forma legal de ejercitar éste”.<sup>1</sup>

**ACCIÓN PROCESAL.** Los modernos procesalistas de mayor relieve internacional definen la acción: “Un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio”

La función jurisdiccional no puede desarrollarse sino a instancia de parte. La función jurisdiccional es, ciertamente, una obligación asumida por el Estado, cuando éste prohíbe el ejercicio del propio derecho a los interesados. Frente a esta obligación está el derecho de acción, como derecho a que el juez o Sala, a través de sus miembros, realice la función jurisdiccional<sup>2</sup>

**ACCIONANTE:** El que entabla o prosigue una acción/ El que la ejercita.<sup>3</sup>

**ADOPCION:** Es el acto o negocio de Derecho privado por virtud del cual entre el adoptante o adoptantes y adoptado surgen vínculos jurídicos idénticos, o, al menos, análogos a los que resultan de la procreación entre padres e hijos.

**ADOPTAR.-** Prohijar legalmente a quien no es hijo por naturaleza.

---

<sup>1</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo (2002), Diccionario Jurídico Elemental Editorial Heliasta- Argentina, Décimo tercera Edición, pág. 17

<sup>2</sup> Diccionario Jurídico Espasa (2009) Editorial Espasa Galpe S-A , Madrid, pág. 43.

<sup>3</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Diccionario op CIT, pág. 49

**ADOPTANTE.-** En la adopción el que asume legalmente de padre del adoptado. El adoptante contrae deberes de educar y alimentar, y puede contraerlos de tipo sucesorio a favor del adoptado.

**ADOPTADO.-** El que en la adopción es recibido como hijo del adoptante.

**CÓDIGO:** El diccionario de la Lengua Española define la palabra código como el cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático, recopilación de leyes o estatutos de un país.

Nuestro Código de los Niños y Adolescentes recoge el concepto de la doctrina de la protección integral del menor y en especial el principio del interés superior del niño y del adolescente, los derechos y garantías de la Constitución.

**CONFLICTO DE INTERESES:** Intereses contrapuestos. Colisión de derechos o pretensiones jurídicas en que las partes no cedan.

**DEBIDO PROCESO.** Proceso adecuado, en donde se hayan respetado todas las garantías legales.

“Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas”<sup>4</sup>

**DECLARACIÓN:** Manifestación que oralmente o por escrito hace una persona en un proceso, ante un juez o tribunal.

**DERECHO DE MENORES:** Es la rama del derecho que, tomando en consideración la calidad del sujeto en razón de su especificidad, regula las relaciones jurídicas e instituciones referidas al menor de edad. El Derecho de Menores presenta como su más

---

<sup>4</sup> CABANELLAS DE TORRES Guillermo, Op. Cit. Pág. 111.

destacada nota distintiva el carácter tutelar y protectorio, que orienta todas sus normas y pertenece a la esencia de esta rama del derecho<sup>5</sup>.

Como principios generales, establece que el menor de edad merece una consideración especial dentro del ordenamiento jurídico, ya que su presencia es garantía de continuidad y de futuro, pero por encontrarse en una etapa evolutiva, especial, debe ser tratado de un modo singular, que comprende una educación humanística, amplia, de medios y de posibilidades<sup>6</sup>.

**DESCRIPCIÓN:** Es la obtención de información de acuerdo al tipo y forma de instrumento utilizado. Algunos sistemas señalan solamente la presencia, ausencia de ciertos aspectos de un hecho. Otros recogen descripciones cuantitativas que pueden implicar comparaciones y contrastes, entre los elementos presentes de una situación.

En las descripciones cuantitativas añade una importante dimensión a la descripción. Se rebela no sólo el que sino el cuánto.

**INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:** El término interés superior describe de manera general el bienestar del niño. Se considera que a raíz que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el interés superior del niño. Por esta misma razón, el interés superior del niño debe de ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso.

Sin embargo, si se nos exigiera una definición del mismo, “es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo

---

5 HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la página web [www.teleley.com](http://www.teleley.com).

6 HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la página web [www.teleley.com](http://www.teleley.com).

interés superior pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo ‘declarado derecho’; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser interés superior<sup>7</sup>.

**JURISPRUDENCIA:** En un sentido amplio se entiende por jurisprudencia a toda decisión emanada de autoridad judicial o gubernativa, independientemente de su rango y categoría, al interpretar y aplicar el Derecho. Así, por ejemplo, se habla de **Jurisprudencia** de la Corte Suprema, **Jurisprudencia** de la Corte Superior, **Jurisprudencia** del Tribunal Fiscal, del Tribunal Registral, etc.

**JUSTICIA:** Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo

**LEGITIMIDAD.** Calidad de legítimo Legalidad; conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. En el sentido impropio, con el término legitimación se alude a veces a la condición del sujeto que obstate tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal<sup>8</sup>

**LEGÍTIMO.** Legal o conforme a ley. Ajustado a derecho<sup>9</sup>.

**LEGITIMACIÓN:** Acción o efecto de legitimar. Justificación o probanza de la verdad o de la calidad de una cosa. Habilitación o autorización para ejercer o desempeñar un cargo u oficio.

**MEDIOS DE PRUEBA:** Llámese así las actuaciones dentro de un procedimiento judicial, cualquiera sea su índole. Se encaminan a confirmar o demostrar la falsedad de los hechos aducidos en juicio.

---

<sup>7</sup> HERNANDEZ ALARCON, Christian, artículo “Aproximación al Sistema de Justicia Penal Juvenil Peruano”, publicado en la página web [www.teleley.com](http://www.teleley.com).

<sup>8</sup> Diccionario Jurídico Espasa. Editorial Espasa Galpe S-A, Madrid, 2009, pág. 897.

<sup>9</sup> Diccionario de la lengua española. Everest Cúpula. Editorial Everest, España, edición 2010, pág. 854.

**NIÑO:** Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad.<sup>10</sup>

**ORDENAMIENTO JURIDICO:** Conjunto total de normas jurídicas vigentes en una comunidad política determinada.

**PROCESO.** Se define al proceso como el conjunto de actos que realiza el órgano jurisdiccional y los intervinientes, debidamente concadenados, y que termina en una sentencia. Es el instrumento esencial de la jurisdicción o función del Estado, que consiste en una serie de actos tendientes a la aplicación o realización del derecho en un caso concreto<sup>11</sup>.

**PRUEBA:** Es el grado de convicción que se produce en los magistrados sobre la veracidad o falsedad de un hecho, en virtud de los medios de prueba ofrecidos en juicio.

**SEGURIDAD JURÍDICA.** La estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho. Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes

<sup>11</sup> Diccionario Jurídico Espasa. Op. Cit. pág. 1175.

<sup>12</sup> Diccionario Jurídico Espasa. Op. Cit, pág. 1302.

## RESUMEN

El propósito de esta investigación “Preferencia para adopción en acogimiento Familiar” tiene por finalidad proponer que en las adopciones de menores de edad declarados en situación de abandono, se prefiera a las personas que tienen en su poder a los menores en acogimiento familiar; para lo cual se propone como objetivo general: Demostrar las razones por las cuales debe de dárseles preferencia en la adopción a las personas que tengan acogimiento familiar a los menores; y como objetivos específicos se propone: - Analizar casos en los cuales se prefiere a otras personas en la adopción y no a quienes han acogido a los menores, así como: - Analizar el si la Defensoría del Niño y del Adolescente cumple con las funciones encomendadas. El tipo de investigación es documental porque se hace un estudio del problema a efecto de profundizar en su conocimiento, también es una investigación experimental porque se realiza un trabajo de campo mediante una encuesta. El método utilizado es el exegético, el cual nos permite analizar las normas sobre el tema; así como el método literal para entender el significado de las normas; también se recurre al método empírico, recurriendo a una encuesta sobre el tema materia de investigación; lo que nos permite arribar a las conclusiones y recomendaciones propuestas.

**Palabras claves:** Adopción, colocación familiar.



## ABSTRACT

The purpose of this research "Preference for Adoption in Family Shelter" is to propose that in the adoptions of minors declared abandoned, preference should be given to those who hold the children in foster care; For which it is proposed as a general objective: To demonstrate the reasons for which preference should be given in the adoption to persons who have foster care of the children; And as specific objectives it is proposed: - Analyze cases in which it is preferred to other people in the adoption and not to those who have received the children, as well as: - Analyze if the Ombudsman for Children and Adolescents fulfills the duties entrusted . The type of research is documentary because a study of the problem is done to deepen its knowledge, it is also an experimental investigation because a field work is carried out by means of a survey. The method used is exegetical, which allows us to analyze the norms on the subject; As well as the literal mean to understand the meaning of norms; We also use the empirical method, using a survey on the subject matter of research; Which allows us to reach the conclusions and recommendations proposed.

**Key words:** Adoption, family placement.

## INTRODUCCIÓN

Mediante esta investigación: “PREFERENCIA PARA ADOPCIÓN EN ACOGIMIENTO FAMILIAR”, se exponen las razones por las cuales las personas que teniendo en acogimiento familiar a menores, deben de tener preferencia para acceder a su adopción

Es ampliamente conocido que para la adopción de niños se tienen que cumplir requisitos sumamente exigentes, por lo que consideramos que nuestra normatividad vigente debe darle preferencia poder adoptar a quienes los tienen en acogimiento familiar pues mantienen un acercamiento de una comunidad de vida juntos; por lo que siendo esto así debe reconocérsele el derecho a la adopción preferente siendo relevante para el niño adoptado contar con padre y madre adoptivos, cuyos roles permiten al niño tener un crecimiento armónico y equilibrado dentro de una familia, lo cual es propósito de esta investigación.

Esta investigación consta de tres partes, tratándose en el primer capítulo lo referente al marco teórico, que comprende los antecedentes; el tratamiento de la adopción a través de la historia; el acogimiento familiar, etc.; en un segundo capítulo se trata lo referente al marco metodológico que comprende el problema, la fundamentación del problema, la formulación del problema, la justificación de la investigación, su viabilidad, sus objetivos, la hipótesis, las variables, la conceptualización de las variables, la operacionalización de las variables, el tipo de estudio, así como los métodos de investigación; en un tercer capítulo se trata lo referente a la probanza de la hipótesis que comprende un análisis jurídico social, un análisis jurídico doctrinario, un análisis dogmático, un análisis jurisprudencial, con la finalidad probar nuestra hipótesis y arribar a las conclusiones y recomendaciones que nos proponemos y por ende arribar a nuestra propuesta legislativa.

# **CAPITULO I**

## **MARCO TEÓRICO**

### **1.1.- LA ADOPCION**

#### **1.1.1.- ANTECEDENTES:**

Siguiendo a Javier Rolando Peralta Andia<sup>13</sup> los orígenes de la adopción o el prohiijamiento se pierden en la más remota antigüedad, pero que hasta donde se sabe aquella fue establecida solo para los casos en que en determinadas parejas no pudieran tener prole, por lo que incorporaban en el seno de sus familias a personas extrañas que aseguren la perpetuidad de la familia y el culto de sus antepasados. La mayor calamidad que podía sucederle a una familia en aquellos tiempos era la muerte de una persona sin dejar descendencia.

#### **1.1.1.1.- LA ADOPCIÓN EN LA ANTIGUEDAD**

Desde épocas remotas, aproximadamente desde hace 4000 antes de Cristo, surgen las civilizaciones en Egipto y Sumeria, en las cuales ya existían acciones de represión contra menores y protección a favor de ellos. En cuanto a las primeras recordemos que en la Biblia el Éxodo nos da a conocer como los egipcios esclavizaron cruelmente a los Israelitas, y dispusieron que cuando los que atendían los partos sirvieran a los hebreos se fijasen en el sexo del recién nacido estipulando que: “Si era niña dejarlo vivir, pero si era niño matarlo”. Sin embargo las parteras tuvieron temor de Dios y no hicieron lo que el rey de Egipto había dispuesto, sino que dejaron vivir a los niños. Fue en esa época cuando un hombre de la Tribu de Levi se casó con una mujer de la misma Tribu, la cual quedó embarazada y tuvo un hijo. Al ver que era el niño hermoso, lo escondió durante tres

---

<sup>13</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando. DERECHO DE FAMILIA EN EL CONDIGO CIVIL. P 375.

meses, pero al ver que no lo podía tener escondido por más tiempo lo tomo, lo puso en un canastillo de Junco, seguidamente le tapo todas las rendijas con asfalto natural y brea para que no entrara agua y luego puso al niño dentro del canastillo para posterior mente dejarlo entre juncos a orillas del río Abilo, además dejo a una hermana del niño para que se quedara a una distancia prudencial y estuviera al tanto de lo que pasara con él. Luego de pasado un tiempo y de haberse deslizado el canastillo por el rio, la hija del Faraón al momento de bañarse en el río y mientras su sirvienta se paseaba en la orilla esta vio el canastillo. La hija del Faraón llamada Termala al abrir el canastillo y ver que ahí dentro había un niño llorando sintió compasión por él y dijo: “este es un niño, llorando”. Más adelante aquel niño se convertiría en Moisés, cuyo nombre traducido significa el salvado de las aguas o el marido.

Recordemos que los egipcios condenaban al padre cuyos maltratos ocasionaban la muerte del hijo a permanecer abrazando el cadáver por tres días. Frente a ellos vemos que los Árabes enterraban vivas a las primogénitas (mujeres) que nacían, porque consideraban un signo fatal para la estabilidad de la familia. Entre los griegos la patria potestad estaba subordinada a la ciudad. El menor pertenecía a la ciudad, la cual exigía una educación adecuada para que sirviese con eficacia a la comunidad.

Los niños abandonados fueron ayudados por primera vez en Roma, mediante hojas de asistencia instituidas desde los años 100 D.C., por Trajano y Adriano, para solventarles sus más vitales necesidades.

“En el Derecho Romano en el periodo de Justiniano, se distinguían tres periodos en la edad: uno de irresponsabilidad absoluta hasta los siete años, llamado de la infancia y el próximo a la infancia (infantil) hasta 10 años y medio en el varón y 9 años y medio en la mujer. El infante no podía hablar aun no era capaz de pensamiento criminal, el segundo correspondiente a la proximidad de la pubertad, hasta los 12 años en la mujer y

en el varón hasta los 14 años, en que el menor aun no podía engendrar, pero en el cual la incapacidad de pensamiento podía ser avivada por la malicia; el impúber podía ser castigado; y el tercero de la pubertad hasta los 18 años extendido después hasta los 25 años, denominado de minoridad, en que eran castigados los actos delictuosos cometidos por los menores estableciendo solo diferencias en la naturaleza y en la calidad de la pena.

Según el antiguo criterio de los romanos, el infante era literalmente el que no podía hablar. Como se ha indicado en la época de Justiniano la infancia terminaba a los 7 años y la impubertad a los 14 años; profari significo entonces pronunciar palabras cuyo sentido no se entendía y no como antes que era no hablar.

Durante la época de Constantino (año 315 D.C) se protegió a los niños desamparados y bajo la influencia del cristianismo se crearon los primeros establecimientos para niños en situación difícil.

En Roma surge la Patria Potestad como un Derecho de los padres sobre todo del padre en relación con los hijos sobre el Derecho contra la vida y la propiedad del mismo.

En Roma surge la adopción de caracteres definidos. Los Romanos la sistematizaron y le dieron gran importancia, considerándose por tanto la adopción como de origen Romano: “La adopción, surge de una necesidad religiosa: continuar el culto domestico a los antepasados, el mismo que debió ser realizado por una varón”.

Conjuntamente con el motivo religioso coexistía el interés político, ya que solo el varón podía ejercerlo, tal es el caso de la adopción de Octavio por Cesar y la de Nerón por Claudio en Roma. Otros motivos como el de pasar de la calidad de Plebeyo a Patricio o viceversa, el interés económico, etc., dieron vigencia a esa adopción la misma que era establecida en beneficio del adoptante y del grupo social al cual este pertenecía resultando el adoptado un medio del cual se servía un individuo o familia para darse un sucesor de

los bienes del nombre, de las tradiciones aristocráticas y del culto de los antepasados familiares. La palabra Adopción en Roma se convirtió en una voz genérica y se distinguieron 2 especies: Adrogación, que se aplica a los jefes de familia a sui iuris, y la adopción propiamente dicha, aplicable a los alieni iuris o hijos de familia. Por la primera el adoptado pasaba con todos los bienes y con las personas que de él dependían a la familia del adoptante. La segunda en cambio, se hizo a través de una forma ficticia; la mancipalia, alienatio, pero este liberatio que destruía la patria potestad y la In Jure Cesto, por la que el magistrado declaraba que el hijo pertenecía, como tal al adoptante. En los últimos tiempos de la república se introdujo la costumbre de declararla testamentariamente, en la misma que se consideraba como hijo de un ciudadano determinado, como hizo por ejemplo Julio César respecto a Octavio, pero entonces era precisa la ratificación por un plebiscito ni aun así tal forma de adopción solo otorgaba derechos hereditarios.

“El Derecho Germánico, conoció un tipo especial de adopción realizada solemnemente ante la asamblea a través de varios ritos simbólicos y con efectos más bien de orden moral que jurídico.

Al ponerse en contacto con el Derecho Romano, los Germanos encontraron en la adopción de este un modo adecuado de suplir la sucesión testamentaria que desconocía.

#### **1.1.1.2.- LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO MEDIEVAL**

Durante la Edad Media sostuvieron diferentes métodos de protección a favor de los menores de edad. Los Glosadores indicaban que los delitos cometidos por los menores no debían sancionarse sino cuando estos cumplieran la mayoría de edad. Los Germanos indicaron que no podía imponerse al delincuente ciertas penas como la de muerte y otras graves, y así lo dispuso el viejo código Sajón. La Ley Carolina, que ordenaba remitir el

caso del que a causa de su juventud o de otro defecto no se daba cuenta de lo que hacía, sometiéndolo al arbitrio de los peritos en Derecho.

Los pueblos del Medioevo, consideraron la inimputabilidad en los primeros años, aun cuando las leyes no la establecieran. En esa época no podía el niño cometer ciertos hechos como la falsedad, la violación, el rapto y el adulterio.

El Derecho Canónico reconoció la irresponsabilidad de los menores hasta los 7 años cumplidos y de esta edad hasta los 14 se aplicaba una pena disminuida, atendiéndose su responsabilidad, sin embargo dividió a los canonistas en 2 tendencias: unos sustentaron la tesis de que lo era si es que obraba con discernimiento y otros defendieron la imputabilidad siempre, aunque castigándole en forma atenuada.

El Parlamento de Paris en 1452, estableció el principio de que los señores debían de participar en el mantenimiento de los niños pobres. Dos figuras resplandecen en el siglo de las luces en Francia; Vicente de Paul y Juan Budos, quienes fundaron establecimientos para niños abandonados.

En el siglo XIV se fundó: “***El padre de los Huérfanos***” una institución destinada a la educación correctiva y la capacitación profesional de los menores delincuentes y desamparados en 1973. En 1407 se creó un ***juzgado de huérfanos*** y en 1410 ***San Vicente Ferrer*** constituyo una cofradía que atendía en un asilo a niños abandonados por sus padres. Un siglo más tarde igual iniciativa ampliada a los delincuentes tuvo en Francia ***San Vicente de Paúl***.

En Inglaterra, la situación en el Medioevo y el Renacimiento era semejante al resto de Europa. En el siglo X, ante el primer robo, los padres debían de garantizar la futura honestidad del autor del delito y si era menor de 15 años, jurar que no reincidiría. Si los parientes no lo tutelaban, el adolescente era aprisionado para pagar su culpa.

Cuando se producía un nuevo delito era conducido a la horca como los mayores.

### **1.1.1.3.- LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO MODERNO**

EN 1703 el Papa Clemente XI con fines de corrección, enmienda, formación profesional y moral, crea el hospicio de **San Mechelle en Roma**.

En el viejo Derecho Español las partidas hicieron una distinción entre los delitos de lujuria y los demás acerca de la edad, hacen muy curiosos comentarios los Glosadores de esta Ley de partidas del siglo XIII, porque si cesase la presunción de que antes de los 14 años fuere el niño púber, debería ser castigado.

El autor menciona la cita de San Gregorio en su diálogos, quien cuenta que un niño de 9 años dejo embarazada a su nodriza, Juan de Anam, recuerda que San Jerónimo y Achaz procrearon hijos a los 11 años y añade luego que una mujerzuela crio a un niño abandonado sirviéndole de nodriza y como el niño durmiese en ella hasta la edad de 10 años sucedió que habiendo la mujer bebido más de lo que permite la templanza, impulsando después por su liviandad, con torpes movimientos excitó al niño para el coito. Por todo esto unos opinaban que el menor de 14 años debía ser penado por estupro, y los otros se tenían al texto de las partidas que negaba toda la pena desde 1734, en Sevilla, se procuraba mantener bibliografía del menor para resolver su caso.

### **1.1.1.4 LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO**

En Alemania desde 1833, se establece institutos modelos para la readaptación de menores.



En Inglaterra en 1854, se establece institutos modelos para la readaptación de menores delincuentes. En España los menores fueron recluidos en la cárcel común, lo que se rectificó por su fracaso en nuevas leyes en 1904.

En Rusia una Ley en 1897 indicaba que el juicio de los menores infractores entre los 10 y 17 años debía hacerse a puertas cerradas y en audiencia especial con participación de los padres, debiendo aplicarse medidas pedagógicas y por opción sanciones penales correctivas. Es un precedente con equivalencia en otras naciones, de la discreción con que relativas a la minoridad surgen desde fines del siglo pasado y comienzos del presente. Se aspira a reemplazar totalmente la idea de represión, expansión o responsabilidad moral por la instauración de un sistema psico – pedagógico tutelar y proteccionista, que pueda extenderse no solo a los hechos ilícitos de menores sino a si mismos a situaciones de menores en peligro material y moral.

### **1.1.2.- CONCEPTO:**

Es una institución tutelar del Derecho de Familia, mediante el cual una persona adquiere la calidad del hijo del adoptante a pesar de carecer de vínculos sanguíneos con aquel. De esta manera, la ley crea una relación paterna-filial plena respecto al adoptante (padre y madre) y el adoptado (hijo), quien deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser parte de esta su nueva familia con todos los derechos que como hijo le corresponden, tales como al nombre, alimentos, y a los demás derivados de ellos.

Ahora bien, la adopción como institución propia del Derecho de Familia, consiste en un acto jurídico por el cual, se establece de manera irrevocable una relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza, adquiriendo luego el adoptado la calidad del hijo adoptante y dejando de pertenecer a su familia consanguínea. Para los

adoptantes, este instituto es el cause de aspiraciones y deseos paternales o maternos y, para los adoptados, un instrumento que trata de sustituir la carencia de una familia.

De lo expuesto, se desprende que la finalidad de la adopción no puede ser otra que integrar una familia, dándole al adoptante el privilegio de tener un hijo y, al hijo, la prerrogativa de tener una familia, por tanto, esta debe ofrecer todas las garantías para que el niño adoptado disfrute de la plenitud de sus derechos.

En la mayor parte de los países civilizados han incorporado la adopción en sus leyes positivas, debido a la importancia que entraña en un doble aspecto de su utilidad social: primero, porque permite al menor abandonado o sin padres contar con una familia que le pueda proporcionar un hogar con amor y los cuidados necesarios y; luego, porque ella produce una inmensa satisfacción de ser padres a quienes no tuvieron descendencia o simplemente no pudieron tenerla.

Cuando el Código dice “adquiere la calidad de hijo”, quiere decir que se genera toda una gama de relaciones jurídicas familiares como son:

- a. Derecho al nombre
- b. Vocación Hereditaria
- c. Derecho y Obligación Alimentaria
- d. Impedimentos Matrimoniales
- e. La patria potestad corresponde al adoptante y si fuese adoptado por los cónyuges su ejercicio corresponde a ambos.

### 1.1.3.- NATURALEZA JURIDICA DE LA ADOPCION

Con la adopción se crea un Estado Civil, el cual podemos considerarlo como el lazo más estrecho que puede existir entre los hombres que es la relación paterno-filial. Por lo que respecta a su naturaleza Sara Montero Duhalt nos señala que:

La adopción es un acto jurídico plurilateral, mixto, solemne, constitutivo a veces de efectos privados y de interés público.

Observamos que es un acto jurídico porque es una manifestación de voluntad que produce las consecuencias jurídicas que son deseadas por sus autores. Así mismo es plurilateral porque intervienen tanto sujetos particulares como representantes del estado. A su vez es constitutivo porque hace surgir la filiación entre adoptante y adoptado y solamente porque requiere de formas procesales para llevarse a cabo.

La naturaleza jurídica de la adopción ha variado con el tiempo pudiéndose señalar en la actualidad las siguientes teorías:

- La Contractual: que deja a la voluntad de las partes su formulación. Planiol, Ripert, Colin y Capitant definen como un contrato solemne concluido entre adoptante y el adoptado. Prima en esta concepción el espíritu romanista, civilista, del acuerdo de voluntades del consentimiento y el concepto que domino la estructura familiar, de los Derechos Poderes en interés del padre de familia prescindiendo del interés del hijo de familia del menor.
- Teoría de acto Condición: considerada así por autores como Julio Armando, Doldo tristlan quienes señalan a la adopción como un acto jurídico sometido a formas particulares por medio de las cuales los interesados ponen en movimiento en su provecho la institución de adopción.

- La teoría de la institución: para unos de Derecho Privado para otros de derecho de familia y para terceros los derechos de menores. Los primeros señalan que es una institución fundada en un acto de voluntad del adoptante, nacida de la sentencia del juez, en virtud al cual se establece entre dos personas una relación análoga la que surge la filiación matrimonial análoga mas no igual por tener características singulares. Los segundos indican que los vínculo adoptivo es una institución de Derecho de familia y descansa en ese aspecto del derecho público que tienen todo el derecho de Familia y los terceros preconizan que la adopción es una institución del Derecho de menores que tiende a fines eminentemente de la protección de los niños menores. La adopción es entendida así como la institución jurídica solemne y de orden público que crea entre los individuos relaciones de paternidad y filiación.

#### **1.1.4.- FUNDAMENTOS Y OBJETIVO PRIMORDIAL DE LA ADOPCIÓN**

Existen diferentes fundamentos que originan a la adopción y son ellos los que el legislador a tenido en cuenta para establecer los requisitos y efectos de los diferentes tipos de adopción. Entre ellos tenemos:

- a. Protección a la niñez abandonada.- La Finalidad tuitiva es a la que se tiene cuenta hoy en día, por ello el Interés Superior del Niño.
- b. Dar hijos a quien no los tiene.- La satisfacción del legítimo y humano anhelo de paternidad es otro de los fines que orienta el instituto.
- c. Integrar a la Familia.- Otro de los objetivos que se han tenido en cuenta para legislar sobre la adopción es el integrar a la familia y es por ello que se permite la adopción es el de integrar a la familia y es por ello que se permite la adopción del hijo del cónyuge, que se llama adopción por excepción, adopciones de integración.

De acuerdo con el artículo 21° de la convención sobre Derechos del niño, el sistema de adopción debe tener como objetivo primordial al Interés Superior del Niño.

Los Estados que conocen o permiten el sistema de adopción cuidaran que el Interés Superior del Niño sea la consideración primordial.

#### **1.1.5.- CARACTERISTICAS**

**a).- Es un acto jurídico.-** En la actualidad se ha dejado de lado la corriente por la cual se pretendía agrupar todos los actos de Derecho a los contratos. En algunos casos no se enmarca un acto dentro de la concepción contractual pues la naturaleza escapa a esta. La adopción es un contrato y que la voluntad común de las partes no puede crear las condiciones de realización así como tampoco los efectos generales por la misma: deben sujetarse a los que dependa la ley y la autoridad competente. Es un acto jurídico que se regula por la Teoría General de tales actos (algo que se debe tenerse en cuenta principalmente en materia de nulidad de las adopciones).

**b).- Es solemne.-** La adopción es un acto solemne porque de todas maneras debe ser hecha de la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad. Las formalidades del acto de la adopción son “ad solemnitatem” y no solamente “ad probatinem”.

**c).- Es Bilateral.-** Esta característica resulta del concurso imprescindible de voluntades para que la adopción se perfeccione (si el adoptante es casado será necesario el asentimiento de su cónyuge; si el menor tiene más de 10 años también debe prestar su asentimiento, etc.).

**d).- Crea una relación de parentesco.-** En efecto el adoptante adquiere la calidad del hijo del adoptante con los efectos que dicho parentesco conlleva (llevar el apellido de quien lo adopto, convertirse en heredero forzoso, derecho a los alimentos, etc.).

**e).- Es irrevocable.-** El adoptante no puede dejar sin efecto la adopción, sin embargo el adoptado si puede impugnarla al alcanzar la mayoría de edad, del mismo modo puede solicitar que se deje sin efecto la adopción del incapaz mayor de edad adoptado, cuando cesa su incapacidad.

#### **1.1.6.-EFECTOS JURÍDICOS**

Declarada la adopción, por el juez, después de un procedimiento determinado según los casos se producen los efectos siguientes:

- El adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.
- El adoptado llevara los apellidos del adoptante o adoptantes, pero desaparecerán los apellidos originales
- El adoptado menor de edad estará sujeto a los deberes y derechos que genera la patria potestad del adoptante.
- El adoptado menor de edad tiene derecho a los alimentos y en algunos casos sobrepasando la edad de los 18 años conforme al artículo 474.
- Los hijos adoptivos tiene iguales derechos sucesorios respecto de sus padres conforme lo establece el artículo 818 del Código Civil.
- El adoptante y el adoptado y sus familiares no pueden contraer matrimonio en las líneas y dentro los grados señalados en los incisos 1 al 4 para la consanguineidad y afinidad. (art 242 al 245 del CC).

## **1.1.7.- REGULACIÓN DE LA ADOPCIÓN A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL**

### **1.1.7.1.- A NIVEL INTERNACIONAL**

#### **1.1.7.1.1.- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por el Estado Peruano mediante Resolución Legislativa N° 25278 de fecha 03 de agosto de 1990, la misma que consagra la doctrina de la protección integral de los derechos de la niñez, respecto a la adopción en su art 21, obliga a los Estados partes cuando corresponda a los objetivos, promover la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzaran dentro de este marco, para garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.<sup>14</sup>

#### **1.1.7.1.2.- CONVENCION DE LA HAYA (relativa a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional)**

Suscrita por el Estado Peruano el 29 de mayo de 1993, ratificada el 3 de setiembre 1995, publicada el 01 de octubre de 1996, de conformidad con la información brindada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú, se constituye en un documento de gran trascendencia por el cual el Gobierno Peruano reitera su política de respeto y protección de los derechos de la niña, niño y adolescente, respecto de organismos que tramitan adopciones internacionales señala:

---

<sup>14</sup> Colegio de Abogados de Lima. DERECHO DE FAMILIA. Lima – Perú, 2003, p 167.

Artículo 12: “Un organismo acreditado en un Estado contratante solo podrá actuar en otro Estado contratante si ha sido autorizado por las autoridades competentes de ambos Estados”

Advirtiéndose que no se precisa un plazo para la vigencia de dicha autorización.

#### **1.1.7.1.3.- CONVENIOS BILATERALES SUSCRITOS POR EL PERÚ EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL**

Cabe precisar que el Perú ha celebrado Convenios Bilaterales con los gobiernos de España e Italia.

##### **CON ESPAÑA**

Se ha celebrado el Protocolo entre España y Perú, el mismo que fue suscrito el 21 de noviembre de 1994, y aprobado por el Perú mediante Decreto Supremo 10-95-RE, publicado el 3 de abril 1995, regulando en su art 3 acápite 2 que las Autoridades Centrales pueden delegar sus funciones o parte de ellas a organismos públicos o privados, debidamente autorizados por la parte que propone y aceptados por la otra parte, no se hace referencia al tiempo de duración de las autorizaciones.

##### **CON ITALIA**

Se ha celebrado Convenio entre el Estado Italiano y el Estado Peruano, el 17 de diciembre de 1993, así como el Protocolo de Aplicación del Convenio entre Perú e Italia de Adopción de Menores con fecha 6 de julio de 1999, el mismo que tiene vigencia para el Perú desde el 1 de Mayo de 2001, regulando el artículo 10 del Protocolo que los



Organismos autorizados para el trámite de adopción en Italia requieren ser autorizados por el Perú, autorización que es renovable cada 2 años a solicitud de la entidad central.

## **CON CANADÁ**

El Convenio suscrito por el Perú con la entidad central Canadiense es de duración indefinida. Y el Suscrito con la Entidad Central de Quebec es de plazo determinado, encontrándose vigente.

### **1.1.7.1.4.-CONVENIOS SUSCRITOS ENTRE EL ORGANISMO CENTRAL DEL PERÚ Y LAS ENTIDADES COLABORADORAS EN MATERIA DE ADOPCIONES INTERNACIONALES**

Se hace referencia en este punto a aquellos acuerdos celebrados por la Oficina de Adopciones del Ministerio, antes Secretaria Técnica de Adopciones, y las Entidades Colaboradoras en materia de adopción internacional, siendo que en el caso de algunas de ellas existe otra normatividad vinculante.

-La Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 20 de noviembre de 1959.

-La Convención de la Haya, sobre competencia y ley aplicable en materia de protección del menor, de 1961.

-El Convenio de La Haya, de 1965, sobre Adopción, se puede catalogar como el primero que se ocupa de la adopción de menores y uno de sus principales objetivos, asegurar en la medida de lo posible la protección del niño y establecer procedimientos para la cooperación internacional.

-La Convención sobre aspectos civiles de Secuestro Internacional de Menores, del 25 de octubre de 1980.

-La Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores, celebrada en La Paz, Bolivia, el 24 de marzo de 1984. Su aplicación se da cuando el adoptante está domiciliado en otro país diferente al del adoptado; estableciéndose que son las autoridades del Estado d residencia habitual del adoptado, las competentes para pronunciarse sobre la adopción.

-La Declaración de Naciones Unidas, sobre principios sociales y legales, relativos a la protección y bienestar de los niños, con especial referencia a la crianza, colocación y adopción nacional e internacional, del año 1986.

-La Convención de las Naciones Unidas, sobre Derechos del Niño, de 1989, establece...”Los Estados partes que admitan y/o autoricen la adopción se aseguraran de que el interés superior del niño es la consideración primordial en la materia”...

-La Conferencia de la Haya, sobre Derecho Internacional privado en octubre de 1988, decidió elaborar un Convenio sobre la Adopción de niños procedentes del extranjero, con la participación del estado de origen y del estado de recibo, cuya aprobación quedo pendiente.

#### **1.1.7.2.- A NIVEL NACIONAL**

##### **1.1.7.2.1.--EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

La misma que en su artículo 4º establece que el Estado y la sociedad protegen especialmente al niño y adolescente en situación de abandono. Esta declaración es de vital

importancia por cuanto la adopción de niños y adolescentes solo procede cuando se encuentran en estado de abandono.

Asimismo en su artículo 55° establece que los tratados vigentes celebrados por el Estado Peruano forman parte del derecho nacional. Por consiguiente, la aplicación de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de La Haya relativa a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional son de carácter obligatorio.

#### **1.1.7.2.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984**

Haciendo un preámbulo mencionaremos las leyes derogadas en materia de adopción como el Código Civil de 1852, que considero la adopción en el Titulo V del Libro I en 15 artículos. Entre los requisitos señalaba es que el adoptante sea mayor de 50 años; que no tenga hijos legítimos ni naturales conocidos, no otros descendientes con derecho a heredarle, que concurra el consentimiento del cónyuge “a no ser que se hallen legalmente separados”; que consientan los padres del adoptado, si este se halla bajo la patria potestad; que el adoptado si es mayor de 14 años preste su consentimiento, etc. También se consideraba que el apellido del adoptante va agregado al del padre biológico del adoptado; el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión legítima; el adoptado no hereda a los parientes del adoptante, etc.

El Código Civil de 1936, tenía dos modalidades: la plena y la menos plena. La primera tanto para adultos como para menores creaba vínculos de parentesco entre adoptante y adoptado, con diversas restricciones.. La segunda, menos plena, solo para menores de 15 años y se limitaba a la obligación de alimentar al menor, educarlo y darle una carrera u oficio. No creaba vínculo parental, la relación legal cesaba al llegar el

adoptado a su mayoría de edad. Para realizarse, cualesquiera de las dos formas de adopción indicadas, debían cumplirse los requisitos preceptuados en el art. 326 de este Código, que eran similares a los del Código Civil de 1852.

El Código Civil actual, vigente desde el 14 de noviembre de 1984, legisla la adopción en el Capítulo Segundo de la Sección Tercera del Libro Tercero de Derecho de Familia

EL Dr. Héctor Cornejo Chávez, señala que “en tesis general, la normación legal de la figura de la adopción debe tener como finalidad suprema, dar una familia digna de ese nombre, donde el adoptado halle calor y amor de hogar”, y agrega “todo lo que a ello se oponga, incluso ciertamente el riesgo de que tras el disfraz de la adopción, alguien pretenda asegurarse servicios domésticos gratuitos, debe ser cuidadosa y firmemente eliminada”

Podremos agregar no solamente este caso, sino las diferentes modalidades que se utilizan para convertir una institución protectora por excelencia en una forma de lucro, mediante el tráfico de menores en sus diversas modalidades.

En el aspecto sustantivo, el Código Civil norma, a través de 9 artículos (del 377 al 385), la adopción mediante la cual el adoptado adquiere la calidad del hijo del adoptante, y deja de pertenecer a su familia consanguínea. 8 requisitos se requieren para la adopción:

Que el adoptante goce de solvencia moral, que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar; que cuando el adoptante sea casado concorra el asentimiento de su cónyuge; el adoptado preste su asentimiento si es mayor de 10 años, que asientan los padres del adoptado si estuviese bajo su patria potestad; que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al consejo de familia si el

adoptado es incapaz; que sea aprobada por el juez; en caso de que el adoptante sea extranjero y el adoptado menor de edad, aquel debe ratificar personalmente ante el juez su voluntad de adoptar. Se exceptúa de este requisito si el menor encuentra en el extranjero por motivo de salud.

La adopción vigente es irrevocable, no puede hacerse bajo modalidad alguna, nadie puede ser adoptado por más de una persona a no ser por los cónyuges, el tutor puede adoptar a su pupilo, solamente después de aprobadas la cuentas de su administración y satisfecho el alcance que resulte de ellas, si la persona a quien se pretende adoptar tiene bienes, dichos bienes deben ser inventariados y tasados judicialmente y el adoptante debe constituir garantía suficiente ajuicio del juez.

En el aspecto procedimental, el Código Civil señala que la adopción se tramita con arreglo al Código de Procedimientos Civiles y al Código de los Niños y Adolescentes, y terminado el procedimiento debe oficiarse al Registro del Estado Civil respectivo para que se extienda nueva partida de nacimiento del adoptado en sustitución de la original. La partida original conserva vigencia solo para los efectos de los impedimentos matrimoniales. Este artículo concuerda con el artículo 22 que prescribe que el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes. En cuanto al procedimiento debe tenerse en cuenta el artículo 2087, referente a las reglas que deben primar en cuanto se refiere a la adopción por extranjeros. Las normas del Derecho Internacional Privado del artículo en mención, permiten que el niño adoptado en el Perú lo sea también en el país del adoptante.

Por otro lado, el Código Civil señala, de que el menor que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría,

recuperando su filiación consanguínea y la partida correspondiente. No tiene efectos retroactivos.<sup>15</sup>

#### **1.1.7.2.3.- EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DE 1992<sup>16</sup>**

Este Código promulgado el 28 de diciembre de 1992, mediante el Decreto Ley 26102 contiene todo lo concerniente a la adopción de menores, trata sobre la Secretaria Técnica de Adopciones, el programa de adopción, el procedimiento administrativo de adopciones y el proceso judicial de estas.

La adopción según este Código es una medida de protección del niño y del adolescente por la cual se establece una relación paterno-filial entre personas que no la tienen. Esta relación es irrevocable y tutelada por el Estado. Así, el adoptante deja de pertenecer a su verdadera familia consanguínea y adquiere la calidad de hijo del adoptante (Artículo 128)

La adopción internacional según el citado cuerpo de leyes es aquella realizada por extranjeros residentes en el exterior a favor de niños y adolescentes peruanos (art. 129 del C.N.A). Para esta clase de adopción es necesaria la existencia de convenios entre el Estado peruano y los correspondientes a los extranjeros adoptantes, o sino entre Las instituciones autorizadas por estos. Se regirán los extranjeros residentes en nuestro país con una permanencia menor a los dos años por las disposiciones atinentes a la adopción internacional; los que tengan una permanencia mayor quedan sujetos a las disposiciones referidas a la adopción por peruanos. Puntualizamos que la adopción por extranjeros es

---

<sup>15</sup> CHUNGA LAMONJA, Fermín. Derecho de Menores. P 374-276.

<sup>16</sup> HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. Derecho de Familia. P 194.

subsidiaria de la adopción por nacionales, es decir, se preferirán las peticiones sobre el particular de los ciudadanos peruanos.

Además de los requisitos que establece el artículo 378 del C.C, para la adopción de menores se requiere que se haya declarado previamente el estado de abandono del menor.

Para adoptar un menor, los preadoptantes presentaran ante la Secretaria Técnica de Adopciones- o ante las instituciones autorizadas- los documentos siguientes:

- Copia legalizada del documento de identidad.
- Partida de matrimonio (civil).
- Certificado de antecedentes policiales y judiciales.
- Certificado de honorabilidad.
- Informe socio-familiar.
- Certificado de trabajo y/o declaración jurada del impuesto a la renta u otra que acrediten solvencia económica.
- Fotografía actualizada.

Tales documentos son exigibles para una adopción nacional; en caso de una internacional, los pre adoptantes extranjeros deberán presentar, además de los indicados, los documentos siguientes:

- Autorización oficial de su país para adoptar un menor.
- Informe psicosocial del servicio social de la institución que lo patrocina, el cual contendrá: El motivo para la adopción; relaciones interfamiliares, relaciones

sociales y relaciones interpersonales, y cualquier otro aspecto útil para conocer su entorno social familiar.

La documentación que se presente debe traducirse al español por traductor público juramentado, y visarse por las autoridades oficiales competentes.

El niño o adolescente ingresara a un programa de adopción solo mediante autorización de la Secretaria Técnica de Adopciones o del Juez especializado. La Secretaria Técnica contara con un registro en el cual se inscribirán las adopciones a nivel nacional, con indicación expresa de los datos de los adoptantes (nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, institución extranjera que lo patrocina, de ser el caso), los del adoptado (niño o adolescente) y los del juzgado y secretario que llevaron el procedimiento.

#### **1.1.7.2.4.- EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES DEL 2000**

Este Código promulgado el 07 de agosto del 2000, mediante la Ley 27337 contiene todo lo concerniente a la adopción de menores, en los siguientes artículos:

**Artículo 115.-** La adopción es una medida de protección al niño y al adolescente por la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. En consecuencia, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

**Artículo 116.-** La adopción por extranjeros es subsidiaria de la adopción por nacionales.



En el caso de concurrir solicitudes de nacionales y extranjeros, se prefiere la solicitud de los nacionales.

**Artículo 117.-** Para la adopción de niños o de adolescentes se requiere que hayan sido declarados previamente en estado de abandono, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 378 del Código Civil.

**Artículo 118.-** Si ocurrieren circunstancias imprevistas que impidan culminar el trámite de adopción, la Oficina de Adopciones adoptará las medidas pertinentes teniendo en cuenta el Interés Superior del Niño y del Adolescente.

**Artículo 119.-** La Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH es la Institución encargada de tramitar las solicitudes de Adopción de niños o de adolescentes declarados en estado de abandono, con las excepciones señaladas en el artículo 128 del presente Código. Sus atribuciones son indelegables, salvo lo dispuesto en la ley.

Esta Oficina cuenta con un Consejo de Adopciones conformado por seis miembros: dos designados por el PROMUDEH, uno de los cuales lo presidirá; uno por el Ministerio de Justicia y uno por cada colegio profesional de psicólogos, abogados y asistentes sociales.

La designación de los integrantes del Consejo de Adopciones será ad honórem, tendrá una vigencia de dos años y sus funciones específicas serán señaladas en el Reglamento.

**Artículo 120.-** La Oficina de Adopciones cuenta con un registro, en el que se inscribirán las adopciones realizadas a nivel nacional. En él deberán constar,

expresamente, los datos de los adoptantes: nombre, nacionalidad, domicilio, estado civil, institución extranjera que lo patrocina y los datos del niño o del adolescente.

**Artículo 121.-** Por Programa de Adopción se entiende el conjunto de actividades tendientes a brindar hogar definitivo a un niño o adolescente. Comprende su recepción y cuidado, así como la selección de los eventuales adoptantes.

El niño o el adolescente ingresarán a un Programa de Adopción sólo con la autorización de la Oficina de Adopciones.

**Artículo 122.-** Solamente desarrollarán Programas de Adopción la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la Adolescencia del PROMUDEH o las Instituciones públicas debidamente autorizadas por ésta.

**Artículo 123.-** La Oficina de Adopciones y las instituciones autorizadas para participar en Programas de Adopción están prohibidas de otorgar recompensa alguna a los padres por la entrega que hagan de sus hijos para ser dados en Adopción y de ejercer sobre ellos presión alguna para obtener su consentimiento. El incumplimiento de esta disposición, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, acarrea la destitución del funcionario infractor o la cancelación de la licencia de funcionamiento si el hecho se hubiere cometido por una Institución autorizada para llevar a cabo programas de Adopción.

**Artículo 124.-** Mientras permanezca bajo su cuidado, la institución autorizada para desarrollar Programas de Adopción garantizará plenamente los derechos de los niños o de los adolescentes susceptibles de ser adoptados. Está prohibida la entrega de niños o de adolescentes a cualquier persona o institución sin cumplir los requisitos consagrados en la presente Ley.

**Artículo 125.-** La Oficina de Adopciones asesora y supervisa permanentemente a las instituciones que desarrollan Programas de Adopción.

**Artículo 126.-** En caso de incumplimiento o violación de las disposiciones establecidas en este Código o su reglamento que expedirá el PROMUDEH, la Oficina de Adopciones aplicará sanciones a las Instituciones, según la gravedad de la falta, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiere lugar.

**Artículo 127.-** La Adopción de niños o de adolescentes sólo procederá una vez declarado el estado de abandono, salvo los casos previstos en el Artículo 128 del presente Código.

**Artículo 128.-** En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

- a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos;
- b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y
- c) El que ha prohiado o convivido con el niño o el adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años.

**Artículo 129.-** Entiéndase por Adopción Internacional la solicitada por residentes en el exterior. Estos no están exceptuados de los procedimientos y plazos establecidos en el presente Código.

Para que proceda ese tipo de adopción es indispensable la existencia de convenios entre el Estado Peruano y los Estados de los extranjeros adoptantes o entre las instituciones autorizadas por éstos.

Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia menor de dos años se rigen por las disposiciones sobre Adopción Internacional. Los extranjeros residentes en el Perú con una permanencia mayor se sujetan a las disposiciones que rigen la Adopción para los peruanos.

#### **1.1.8.- TIPOS DE ADOPCIONES**

Actualmente, en nuestro ordenamiento legal existen tres tipos de adopciones, las mismas que dependen de la edad y situación legal del adoptado:

- a) La adopción de menores de edad judicialmente declarados en abandono. Que es una adopción dictada en sede administrativa por la Oficina de adopciones del PROMUDEH, previa declaración judicial del estado del estado de abandono del menor.
- b) La adopción de menores de edad que por circunstancias especiales no es necesario declararlos en abandono para proceder a su adopción. Que se tramita ante el juez especializado de familia por vía judicial mediante un procedimiento no contencioso.
- c) La adopción de personas mayores de edad que es tramitable por la vía judicial o por la vía notarial. Por el Poder Judicial es competente exclusivamente el juez civil cuando el futuro adoptado no tiene capacidad de ejercicio, además puede realizarse en los demás casos de adopción de mayores si el adoptante elige esta vía. También los interesados podrán recurrir indistintamente ante el

Notario Público, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Competencia Notarial de Asuntos No contenciosos, Ley N° 26662 del 22-09-96.

#### **1.1.9.- LA ADOPCIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA<sup>17</sup>**

La adopción dictada en sede administrativa requiere de la declaración judicial de menor en estado de abandono. Esta declaración judicial de estado de abandono es un procedimiento judicial especial cuya duración máxima es de quince días, luego del dictamen fiscal. En la aplicación de las medidas de protección se priorizara el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.

Procede la declaración judicial del estado de abandono en los siguientes casos:

- a) Cuando el niño o adolescente sea expósito, es decir aquellos que no se encuentren sujetos a patria potestad debido a que sus descendientes se desconocen o se ignora su paradero.
- b) Carezca en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tiene el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación.
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir que otros lo hicieran.

---

<sup>17</sup> Colegio de Abogados de Lima. DERECHO DE FAMILIA. Lima – Perú. 2003. P 64.

- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo.
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo.
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas para ser promovido en adopción.
- g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia.
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i) Se encuentre en total desamparo.

Un criterio predominante a tener en cuenta por el juez es que la falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.

La Oficina de Adopciones del Ministerio de Promoción de la Mujer y Desarrollo Humano (PROMUDEH) tiene como una de sus funciones el tomar conocimiento e impulsar la investigación tutelar de las niñas, niños y adolescentes hasta la declaración judicial de abandono (art. 3 inc. k del D.S 001-99-PROMUDEH del 04-02-99), asimismo abrirá investigación tutelar, con conocimiento del Fiscal de Familia (art. 245 de la Ley 27337 Código de los niños y adolescentes).

Así también las Aldeas Infantiles, Hogares, Orfelinatos y en general las instituciones que albergan o tienen bajo su cuidado y protección a menores de edad en situación de presunto abandono colaboraran con la Oficina de Adopciones en el impulso de los procesos judiciales de investigación tutelar, a fin de que si hubiera lugar a la declaración judicial de abandono puedan tales menores de edad ser promovidos en adopción (Primera Disposición Final del D.S 001-99-PROMUDEH del 04-02-99).

Existe obligación de los directores de los establecimientos de asistencia social u hospitalaria, públicos o privados, de informar al PROMUDEH sobre los niños en presunto estado de abandono en un plazo máximo de setenta y dos horas de producido el hecho.

El PROMUDEH al tomar conocimiento, mediante informe policial o denuncia de parte, que un niño o adolescente se encuentra en alguna de las causales de abandono, abrirá investigación tutelar con conocimiento del Fiscal de Familia y dispondrá en forma provisional las medidas de protección pertinentes.

Entre las medidas de protección que puede aplicar el PROMUDEH están:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual orientara a los padres o responsables al cumplimiento de sus obligaciones contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) La participación en el Programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) La incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;
- d) Atención integral en un establecimiento de protección especial; y

- e) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del Estado de Abandono por el Juez especializado.

En la resolución de inicio de la investigación tutelar, el PROMUDEH o la instalación autorizada dispondrá las siguientes diligencias:

- a) Declaración del niño o adolescente;
- b) Examen psicosomático para establecer su edad. Este es realizado por la Oficina médico-legal especializada y sus resultados se comunican en el plazo de dos días;
- c) Pericia Pelmatoscopica para establecer la identidad del niño. Conocida esta, se adjudicara la partida de nacimiento y la copia de examen psicosomático, y deberá emitirse la pericia en el término de diez días calendario, para lo cual deberá adjudicarse al oficio copia del examen psicosomático.
- d) Informe del Equipo Multidisciplinario o el que haga sus veces, establecer los factores que han determinado la situación del niño o adolescente; y
- e) Informe de la División de personas desaparecidas, a fin de que indique si existe denuncia por la desaparición del niño o adolescente.

El PROMUDEH o las instituciones autorizadas adjuntaran al oficio copia de la partida de nacimiento o en su defecto copia del examen psicosomático o de la pericia pelmatoscopica. El informe se emitirá en el término de tres días.

Una vez emitidos los informes el PROMUDEH solicitara a la Policía la búsqueda y ubicación de los padres o responsables. De no ser habidos, la notificación se hará por el diario oficial y otro de mayor circulación del lugar del último domicilio del citado, si fuere conocido o en su defecto, en el lugar



de la investigación. La publicación se hará por dos días en forma interdiaria. Además, se notificara por la radiodifusión en la emisora oficial en igual forma.

De no ser habidos los padres o responsables del niño o adolescente, una vez concluida la investigación tutelar a fin de que expida la resolución de la declaración judicial de estado de abandono.

El juez de familia en un plazo que no excederá de quince días calendario, previo dictamen fiscal, expedirá resolución judicial que declara al niño o adolescente en estado de abandono. Para este efecto dispondrá las diligencias que estimara conveniente.

Dictada la resolución de abandono en el plazo de cinco días calendario, remitirá todo lo actuado al PROMUDEH.

La resolución que declara al niño o adolescente en estado de abandono podrá ser apelada en el término de tres días en la instancia judicial superior.

Si como resultado de la investigación tutelar se establece que el niño o adolescente ha sido sujeto pasivo de un delito, el PROMUDEH o el Juez de familia remitirá los informes necesarios al Fiscal Penal para que proceda conforme a sus atribuciones.

#### **1.1.9.1.- PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA**

Este procedimiento está a cargo de la Oficina de Adopciones de la Gerencia de Promoción de la Niñez y la adolescencia, del Ministerio de Promoción de la Niñez y la adolescencia del Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (PROMUDEH).

Pueden solicitar la adopción vía administrativa los peruanos o extranjeros residentes o aquellas personas que viven en países con los cuales el Perú haya suscrito convenio de adopción y existen entidades colaboradoras de adopción autorizadas para promover adopciones en el Perú.

Pueden solicitar la adopción las parejas de cónyuges o los solteros, de preferencias menores de 55 años de edad y por lo menos 18 años mayores al niño o niña o adolescente que desean adoptar.

Los peruanos o residentes deben asistir a un taller de orientación preparación impartido por el personal del PROMUDEH o del centro de adaptación autorizado, donde llenaran sus datos en una ficha de inscripción. Asimismo se les proporcionara la ficha autobiográfica que deberán elaborar y enviar en sobre cerrado a la trabajadora social que vera su caso.

Posteriormente los contactara para realizar la visita social y luego su caso será derivado a la Psicóloga para su evaluación correspondiente. Si la evaluación psicosocial es favorable, se les solicitara los siguientes documentos que deberán alcanzar en original y copia simple:

- a) Documento(s) de identidad.
- b) Partidas de nacimiento de los adoptantes y de sus hijos, de ser el caso.
- c) Partida de matrimonio civil, de ser el caso.
- d) Certificado de salud física y mental.
- e) Certificado de antecedentes policiales o judiciales.
- f) Certificado de trabajo o Declaración Jurada de Impuesto a la Renta u otros que acrediten estabilidad económica.

- g) Fotografías actualizadas de la familia y el hogar.
- h) En caso de ser divorciado la sentencia de divorcio.
- i) En caso de viudez, la partida de Defunción del cónyuge.
- j) Certificado domiciliario.

El procedimiento es totalmente gratuito para los peruanos o residentes, no siendo necesario contratar con los abogados por la Oficina de Adopciones prestara el apoyo legal requerido.

Se inicia con la presentación de la solicitud de adopción a la Oficina de Adopciones, la misma que deberá evaluar en los quince días hábiles siguientes.

Esta etapa evaluatoria deberá terminar con la Declaración de Aptitud e inclusión de los adoptantes en la lista de adoptantes aptos. Para tal objetivo, la evaluación deberá comprender tanto el aspecto psicológico como el moral, social y legal.

Las solicitudes deberán reunir las siguientes aptitudes:

- a.- Madurez
- b.- Antecedentes educativos que permitan apoyar en su normal desarrollo al menor.
- c.- Estabilidad emocional, capacidad afectiva y de aceptación a los demás.
- d.- Ética, integridad moral, autoconfianza y seguridad personal.
- e.- Aptitudes, valores y sentimientos positivos hacia los menores.
- f.- Expectativas y metas realistas respecto al menor por adoptar.

g.- La edad debe estar en relación directa a lograr la atención más adecuada del menor sujeto de adopción.

h.- Acreditar ingresos estables y suficientes para cubrir las necesidades de crianza, educación, salud y desarrollo integral de la familia, especialmente del menor adoptado.

i.- Capacidad para cubrir las necesidades de crianza, salud y desarrollo integral de la familia especialmente del menor adoptado.

La evaluación psicosocial se realizara en tres sesiones, las que consistirán en una visita social domiciliaria y dos entrevistas psicológicas. Realizaran dichos exámenes la psicóloga y la trabajadora social del Equipo Técnico de la Oficina de Adopciones o por los profesionales que esta oficina autorice.

#### **1.1.10.- LA ADOPCIÓN EN SEDE JUDICIAL<sup>18</sup>**

Esta adopción es para los menores no declarados en abandono que corresponde exclusivamente al proceso judicial de adopciones, que por cuestiones excepcionales se tramita ante el Juez Especializado de Familia, sin que sea necesario transitar por el proceso administrativo antes descrito, ni que sea necesario que medie declaración judicial de abandono del niño o del adolescente. Está contemplado en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes.

Competencia: Se puntualiza que, tal como lo señalan los artículos 160 inc. d) y 161 del Código de los Niños y Adolescentes, corresponde al Juez Especializado (Juez de

---

<sup>18</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando. DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL.P 402.

Familia) el conocimiento de los procesos de adopción de niños y adolescentes, debiendo aquel tomar en cuenta, para resolver, las disposiciones del proceso único establecido en los artículos 164 al 182 y, en forma supletoria, las normas del Código Procesal Civil.

Circunstancias excepcionales: En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el Juez especializado, inclusive sin que medie declaración de estado de abandono del niño o del adolescente, los peticionarios siguientes:

- a) El que posea vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o el adolescente por adoptar. En este caso el niño o adolescente mantienen los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos;
- b) El que posee vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción; y
- c) El que ha prohiado, ha convivido con el niño o adolescente por adoptar, durante un periodo no menor de dos años.

Tramite.- En los actos postulatorios se presentara la demanda por escrito y contendrá los requisitos y anexos establecidos en los artículos 425 y 426 del Código Procesal Civil. Una vez calificada la demanda, el demandante puede modificar y ampliar la demanda antes de que sea notificada. Admitida la demanda de adopción el Juez dará por ofrecidos los medios probatorios y correrá traslado de ella al demandado con conocimiento del Fiscal por el termino perentorio de cinco días para que el demandado la conteste.

Contestada la demanda o transcurrido el término para la contestación, el Juez fijara una fecha inaplazable para la audiencia. Esta debe realizarse, bajo responsabilidad, dentro de los diez días siguientes de recibida la demanda, con intervención del Fiscal. Se

actuaran los medios probatorios pero no se admitirá reconvencción. Si existiera conciliación y esta no lesionara los intereses del niño o del adolescente, se dejara constancia en acta. Esta tendrá el mismo efecto que una sentencia. Si no pudiera concluirse la actuación de pruebas en la audiencia, será continuada en los días sucesivos, en la misma hora y sin necesidad de nueva notificación.

A falta de conciliación y, si producida esta, a criterio del Juez afectara los intereses del niño y adolescentes, esta fijara los puntos controvertidos y determinara los que serán materia de prueba. Actuadas los medios probatorios, las partes tienen cinco minutos para que en la misma audiencia expresen oralmente sus alegatos. Concedidos los alegatos si los hubiere, el Juez remitirá los autos al fiscal para que en el término de cuarenta y ocho horas emita dictamen. Devueltos los autos el Juez en igual termino, expedirá sentencia pronunciándose sobre todos los puntos controvertidos. El Juez además puede actuar pruebas de oficio, dictar medidas cautelares, medidas cautelares, medidas temporales y, las partes, formular apelación.

#### **1.1.11.- LA ADOPCION DE PERSONAS MAYORES DE EDAD<sup>19</sup>**

La adopción de personas mayores de edad es posible tramitarlo ante el Poder Judicial o en la vía Notarial, a excepción de personas mayores de edad sin capacidad de ejercicio, en cuyo caso, es competente exclusivamente el Juez. Esta modalidad de adopción se tramita entonces, en la vía judicial y también en la vía notarial.

---

<sup>19</sup> PERALTA ANDIA, Javier Rolando. DERECHO DE FAMILIA EN EL CODIGO CIVIL. P 395.

## **1.2.- LA FAMILIA**

### **1.2.1.- ETIMOLOGÍA:**

Etimológicamente la palabra familia, para algunos, deriva de la latina *fames*, hambre, y alude al hecho de que es el seno del grupo domestico donde el hombre satisface sus necesidades primarias. Para otros, deriva de la voz *famulus*, siervo, y hace referencia al hecho de que la familia romana incluía a gentes de condición servil- esclavos, clientes- o a que los miembros de ella estaban servilmente sometidos a la autoridad del pater<sup>20</sup> .

Para otros la familia es el hecho diferencial humano a la que debe entenderse no como un mero hecho sino como una correlación de factores que sin la cual no son posibles la historia, las tradiciones y tipificaciones humanas, las formas sociales suprafamiliares y la diferenciación del trabajo, factores todos ellos que se reclaman mutuamente, no teniendo sentido ninguno de ellos sin los demás<sup>21</sup>.

### **1.2.2.- EL DERECHO DE FAMILIA EN EL PERU**

*\*En la época incaica.* El derecho familiar incaico se edificó sobre la base del matrimonio monogámico (aunque el Inca, quizá ilimitadamente, y los nobles con cierta limitación practicasen la poligamia), y que los casamientos se realizaban entre personas de igual linaje, guardándose estrictamente, salvo para el monarca, la prohibición de contraerlo entre parientes. Dícese por algunos que el matrimonio adoptaba a veces la forma contractual de la compra en presencia de los familiares de los contrayentes o

---

<sup>20</sup> CORNEJO CHAVEZ, Héctor. DERECHO FAMILIAR PERUANO. p 21

<sup>21</sup> CORNEJO FAVA, María Teresa. MATRIMONIO Y FAMILIA. p 24 .

asumía otras veces la forma administrativa con intervención de un funcionario, y que con estas formas concurrían otras uniones, tales como el servinakuy o tinkunakuspa.

*\*En la época de la colonia.* La conquista significó una violenta ruptura de la línea natural de evolución del Derecho Familiar autóctono, con la introducción de un régimen jurídico-legal que resultaba por entero extraño al aborígen, como esta lo era para aquel.

España implantó su propio ordenamiento legal en el siguiente orden de prelación: La Recopilación de las Leyes de Indias, las leyes despachadas por América que hubieran obtenido el pase ante el Consejo de Indias, Las leyes de Toro, las pragmáticas del rey, el Fuero Viejo y el Fuero Juzgo “a condición de probar que esos Fueros estaban en uso y observancia”, y Las Partidas.

Este Derecho consagró el matrimonio monogámico, válido aunque hubiera sido contraído entre entes de raza diversa, las formas matrimoniales canónicas, y el carácter sacramental del matrimonio.

*\*En la época de la República.* La República se inició con el conocido desconcierto legislativo dejado por la colonia. Sin tomar en cuenta los intentos de codificación insinuados en la época de Bolívar y Gamarra, el primero realmente concreto fue obra de Manuel Lorenzo y Vidaurre.

Su proyecto, en cuanto toca al Derecho Familiar, consideraba el matrimonio como un contrato civil y natural antes que como un sacramento; establecía la prohibición de contraerlo por los varones mayores de 65 años y las mujeres que hubieran pasado los 55; eliminaba la distinción entre las diferentes clases de hijos; proclamaba el derecho de la mujer casada a resistirse a las decisiones arbitrarias del marido; e introducía el principio del reconocimiento obligatorio de la paternidad.



Este proyecto, muy adelantado a su época, no llegó a convertirse nunca en ley.

Después de la fugaz vigencia del Código de Santa Cruz durante la Confederación Perú-boliviana y tras accidentada preparación, fue promulgado el Código Civil de 1852 que, en materia familiar, no hizo sino seguir la tradición jurídica iniciada por el Derecho colonial.

El 14 de noviembre de 1936 entro en vigencia un nuevo Código Civil. Dentro de él, el Derecho de Familia se organizó sobre la base del matrimonio monogámico y disoluble, la subordinación -aunque atenuada- de la mujer al marido, y el mantenimiento de status diferentes para los hijos según fueran legítimos o ilegítimos, si bien con matices menos severos que en el Código de 1852.

Promulgado mediante Decreto Legislativo N° 295, el nuevo Código Civil, entro en vigencia el 14 de noviembre de 1984. Este nuevo texto sustantivo contiene innumerables modificaciones respecto al anterior: unas originadas en las normas de la nueva Constitución del Estado promulgada en 1979; otras, derivadas de los avances del Derecho de Familia en general o de la experiencia acumulada durante el medio siglo de vigencia del código anterior; y muchas dirigidas a perfeccionar normas existentes, llenar vacíos, disipar oscuridades, eliminar incongruencias y simplificar la aplicación de ciertas figuras e instituciones.

Así, el principio de la igualdad del varón y la mujer ante la ley, proclamado en el art 2 inciso 2 de la carta, ha determinado cambios fundamentales en los capítulos referentes a las relaciones personales entre marido y mujer, al régimen patrimonial del matrimonio y al ejercicio de la patria potestad.

La norma constitucional que establece la igualdad de derechos para todos los hijos (art 6) sea traducido a nivel del Código Civil, no solo en la modificación de conceptos y

términos en los capítulos referentes a la filiación matrimonial y extramatrimonial, sino también en la supresión de la figura de la legitimación.

Entre otras innovaciones tenemos la sustitución del antiguo régimen de comunidad de gananciales como sistema único y obligatorio dentro del matrimonio, por el de la libre elección entre dicho régimen o el de separación de patrimonios y el de cambiar uno por el otro; así como una mayor asimilación de la filiación adoptiva a la consanguínea.

Por otro lado este nuevo código elimina la figura de la dote, caída en el desuso, e introduce en la sistemática del Libro de Familia importantes modificaciones en relación con el de 1936.

### **1.2.3.- CONCEPTO**

No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida, y aun otra más, intermedia:

a) Familia en sentido amplio (familia extendida). - En el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico familiar. Desde este punto de vista, la familia está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este expresado sentido de la familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y sin la exigencia de que haya vida en común.

- b) Familia en sentido restringido (familia nuclear). En el sentido más restringido, la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que estén bajo su patria potestad. Este expresado sentido de la familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.
- c) Familia en sentido intermedio (familia compuesta). En el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este expresado sentido de la familia solo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta.

#### **1.2.4.- IMPORTANCIA DE LA FAMILIA**

Para el ser humano individual, ella funciona, primariamente, como un mecanismo de defensa frente a todas las adversidades; las biológicas: el hambre, la sed, la enfermedad; las físicas: el frío, el calor, la intemperie; las del medio social: el abuso de los más fuertes; como el hábitat de amor que todo hombre necesita vitalmente; como escuela de formación; en ocasiones como refugio final ante la adversidad; y siempre como el hogar en que se comparte en amor y compañía todas las peripecias de la vida diaria.

Para el hombre en su dimensión social, la familia es la primera sociedad -y quizá la única inevitable- a que surge todo ser; escuela primaria de socialidad; cedula de la comunidad civil, reflejo y depositaria de su cultura.

La vida moderna ha afectado algunas de estas condiciones: la escuela, la calle, los medios de comunicación masivos, comparten, y no siempre positivamente, la función educativa; el tipo de estructura económica destruye a la familia como unidad de producción y reduce su característica de unidad de consumo; otros entes funcionan también como cedulas de la sociedad civil. Pero la familia es la más antigua de las instituciones sociales; sigue siendo un complejo vivo, actuante y fundamental

Finalmente podemos decir que la familia es la unidad básica de la sociedad siendo el estado el responsable de su protección jurídica adoptando medidas para proteger los derechos de los cónyuges y de los hijos en casos de disolución del matrimonio. La familia está experimentando cambios fundamentales, en su estructura y función; sin embargo, sigue siendo el marco adecuado para la compañía, el amor y el apoyo mutuo de los cónyuges, el principal factor determinante de la supervivencia de los hijos nacidos en ella, el principal agente de socialización de las generaciones futuras y en muchas sociedades la única institución de apoyo a los ancianos.

## **1.2.5.- PROTECCIÓN DE LA FAMILIA A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL**

### **1.2.5.1.- A NIVEL INTERNACIONAL**

Todos los textos internacionales, desde el artículo 16 de la Declaración Universal de 1948, establecen que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado.

El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales, del 19 de diciembre de 1966, establece que la familia es el elemento

fundamental de la sociedad y que por lo tanto se le debe proporcionar la más amplia protección y asistencia posible, sobretodo, para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y educación de los que tenga a su cargo.

Por otro lado el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, obliga a los Estados partes a respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia amplia o de la comunidad, según la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la mencionada Convención, confirmando de nuevo la esencial relación de la familia con la necesaria atención a los niños menores.

#### **1.2.5.2.- A NIVEL NACIONAL**

##### **1.2.5.2.1.- EN LA CONSTITUCIÓN DE 1993**

Los principios relativos a la familia contenidos en la Constitución Política son los siguientes:

**EL PRINCIPIO DE PROTECCION A LA FAMILIA.-** En el artículo 4 se precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como un instituto natural y fundamental de la sociedad. Se evidencia que se protege a un solo tipo de familia sin importar que sea de origen matrimonial o extramatrimonial. La familia es una sola sin considerar su base de constitución legal o de hecho.

**EL PRINCIPIO DE PROMOCIÓN DEL MATRIMONIO.-** La Constitución actual —en el segundo párrafo del artículo 4— señala el principio de promoción del matrimonio pues importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la

conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Este principio guarda relación con el de la forma del matrimonio, contenido también en el párrafo final del artículo 4, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil. De otra parte, debe distinguirse este principio del referido a las causas de separación y de disolución del matrimonio, tratado igualmente en el último párrafo del artículo 4, no pudiéndose sostener que la promoción del matrimonio trasciende en su indisolubilidad, toda vez que se expresa y reconoce la disolución del vínculo matrimonial por las causas que establezca la ley.

**EL PRINCIPIO DE AMPARO A LAS UNIONES DE HECHO.-** Este principio hace referencia a que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos – personales y patrimoniales- reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio. Con ello, la norma no es ajena a los hechos sociales muy generalizados, que hay que procurar causen los menores daños posibles pues surgiendo de una unión de hecho una familia esta merece la protección que confiere el ordenamiento jurídico a la institución.

**EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE CATEGORÍAS DE FILIACIÓN.-** Este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato ante la ley.

Además este principio interesa también al idéntico tratamiento que hace la ley en cuanto al contenido y a los efectos de las relaciones jurídicas que tienen su origen en la procreación humana. Por su parte el derecho del niño a conocer a sus padres se centra en la determinación jurídica del vínculo filial que se origina de la procreación humana, es

decir, el establecimiento de la paternidad y maternidad. Por último, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres se centra en la patria potestad que tiene tanto el padre como la madre que conviven y cuando no esta se centra en el interés superior del niño.

#### **1.2.5.2.2.- EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984**

En el artículo 233 de su Libro III- Derecho de Familia el Código Civil vigente hace referencia a los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. En efecto, esta norma enuncia que la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a estos fines en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. Cronológicamente debe entenderse que la norma del artículo 233 está referida a la Constitución de 1979 en razón que fue bajo su vigencia que se promulgo el Código Civil en el cual aquella se halla inserta<sup>22</sup>.

En este artículo, el Código Civil reconoce el derecho de la familia a su consolidación y fortalecimiento cuando dice: *“la regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú”*.

Por su parte los artículos 234 y 235 del mismo cuerpo legal definen el concepto del matrimonio y regulan los derechos y deberes de los cónyuges, de los padres y de los hijos.

Los derechos de la familia encuentran su concreción, en las normas del Código Civil relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio: artículos 287 al 290.

---

<sup>22</sup> CORNEJO FAVA, María Teresa. Matrimonio y Familia. p 180 .

También, estos derechos de la familia, están regulados en las disposiciones del Código Civil relativas a la patria potestad, tutela, curatela, y al consejo de familia: artículos 418, 419, 423, 472, 502, 564, 619 y demás pertinentes.

### **1.3.- EL MATRIMONIO**

#### **1.3.1.- ANTECEDENTES**

Es difícil conocer con exactitud los orígenes del matrimonio, pero de lo que si estamos seguros es que esta importante institución ha experimentado a través de los siglos grandes transformaciones.

Algunos autores<sup>23</sup> buscando sus orígenes en la sociedad primitiva dividen al matrimonio en cinco periodos, señalando que el quinto periodo corresponde al matrimonio.

Cuando la poligamia y la poliandria cedieron el paso a la monogamia esta comenzó a hacer la unión permanente entre un hombre y una mujer dispuesto a llevar vida en común y comprender que el matrimonio es la asociación conyugal que se afirma en el seno de la humanidad, cuando ya se han comenzado a constituir las uniones entre ambos sexos con un cierto carácter de permanencia y cuando cada uno comprende el deber de respetar a la mujer ajena, a fin de que los demás respeten las propias.

Cuando este respeto mutuo viene a ser sancionado por parte del poder social, es cuando se forma la asociación conyugal y el derecho al matrimonio comienza su evolución.

---

<sup>23</sup> MALLQUI REYNOSO, Max y MOMETHIANO ZUMAETA, Eloy. Derecho de Familia. Pag138.



Es así que en los pueblos primitivos se practico el matrimonio por raptó y por compra, caracterizado porque aquel fue más violento que este a título lucrativo; sin embargo, se le considero como un acto muy serio del que dependía la perpetuidad de la familia y de sus cultos, por eso, su celebración se llevaba a efectos con mucha serenidad, ritualidades e inclusive sacrificios.

El matrimonio en el derecho antiguo, particularmente en Roma, tuvo carácter monogámico y admitió varias formas como: a) la *confarreatio* o matrimonio reservado para patricios, que se cumplió en presencia de la estatua de Júpiter, de un pontífice y de diez testigos; b) la *coemptio* o matrimonio por compra que al principio fue efectiva y luego meramente simbólica; y c) el *usus*, que fue la adquisición de la mujer por una suerte de prescripción durante un año y que diera lugar a la *usurpatio trinocti* (abandono del lecho conyugal durante tres días al año). Igualmente, el matrimonio *cum manus* consistió en una especie de adopción de la mujer por el marido y, el matrimonio *sine manus*, en un concubinato tolerado.

En el derecho germano el matrimonio era una institución civil consistente en la compra simbólica de la mujer, como es el caso de la *gifta* o matrimonio en la puerta de la iglesia, que simbolizaba la transferencia de la potestad paterna a la marital por la entrega de dinero, armas, ganado, etc. Con posteridad, el trueque matrimonial quedo reducido a la mera promesa o desposorios.

En *el* Derecho medieval, la Iglesia tomo la regulación del matrimonio bajo su exclusiva responsabilidad, hecho que se reafirmó en los concilios de Letrán (siglo XIII) y de Trento (siglo XVI). Se consideraba así el matrimonio canónico como un contrato y al mismo tiempo como sacramento.

En el Derecho moderno, el Edicto de Nantes permitió a los protestantes casarse ante sus pastores, pero la expulsión de sus ministros torno difícil la situación, ya que en 1698 los protestantes fueron obligados a casarse nuevamente ante sacerdotes católicos. Se inicia así la lucha por descomponer el matrimonio en sacramento, cuya validez solo pertenecía a la iglesia y sus tribunales y, en contrato, con efectos civiles cuyas competencias correspondían solo a las jurisdiccionales laicas.

En el siglo XVIII durante la Revolución Francesa, el Código de Napoleón la consagra definiendo el matrimonio como una institución esencialmente civil lo que ha influido en la mayor parte de las legislaciones civiles del mundo de esa época y de épocas posteriores, iniciándose una nueva etapa que corresponde al matrimonio *contemporáneo*.

En el Perú, el Código Civil de 1852 adopto el sistema exclusivamente religioso de acuerdo con las disposiciones del Concilio de Trento. El 23 de diciembre de 1897 se reconoció dos formas matrimoniales: la canónica para los católicos y la civil para los no católicos. Mediante Decreto Ley 6889 se secularizó el matrimonio, en tal forma que los códigos civiles de 1936 y 1984 adoptan el sistema exclusivamente civil.

### **1.3.2.- CONCEPTO**

Hay diferentes conceptos del matrimonio pero en simples palabras podemos decir que el matrimonio es la unión de un varón y una mujer en forma voluntaria, siempre y cuando estén aptos legalmente para ello, con sujeción a las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, en caso de incumplimiento de las mismas será sancionado con nulidad.

Jurídicamente podemos decir que "el matrimonio constituye un acto jurídico sui géneris, que origina deberes y derechos de contenido patrimonial, y los actos jurídicos que muchas veces celebran mantienen tal dualidad, que es componente esencial del Derecho de Familia”<sup>24</sup>.

### **1.3.3.- NATURALEZA JURÍDICA**

Para analizar la naturaleza jurídica del matrimonio es preciso explicarlo desde las siguientes perspectivas:<sup>25</sup>

a) Tesis contractualista.- Esta posición puede ser enfocada, a su vez, desde tres perspectivas: la canónica, la civil tradicional y la del Derecho de Familia.

El enfoque canónico considera al matrimonio como un sacramento que se forma a través de un contrato matrimonial válido.

Por su parte, la perspectiva civil tradicional postula que el matrimonio participa de todos los elementos esenciales de los contratos, lo que determina que resulte aplicable la teoría de la nulidad de los contratos y de los vicios del consentimiento. Cabe precisar al respecto que en nuestro Derecho Civil la nulidad y anulabilidad del matrimonio son reguladas por las causales específicas contenidas en los artículos 274 Y 277 del Código Civil, diferentes de las causales de nulidad y anulabilidad aplicables al común de los contratos.

Finalmente, se postula que el matrimonio es un contrato, pero no un simple contrato, sino un acto de poder estatal o un acto jurídico complejo.

---

<sup>24</sup> Cas. Nº 837-97. El Código Civil a través de la Jurisprudencia Casatoria, Tomo 1, p. 123.

<sup>25</sup> CODIGO CIVIL COMENTADO, Derecho de familia. Tomo II. Gaceta Jurídica. P 18.

b) Tesis institucionalista.- Desde esta perspectiva, el matrimonio es entendido como el conjunto de normas, formalidades, deberes, obligaciones, derechos y relaciones a que deben someterse, sin posibilidad de negociar, quienes deseen casarse. En efecto, "el matrimonio propone fundar una familia, crear una comunidad plena de vida, concebir hijos, educarlos; es un elemento vital de la sociedad; es, en fin, una institución".

En efecto, si bien se acepta que el matrimonio tiene un origen consensual, por el cual se precisa el otorgamiento de la voluntad de los contrayentes, una vez otorgado el consentimiento, la voluntad deviene impotente y sus efectos se producen automáticamente.

c) Doctrina mixta.- Se sostiene, de acuerdo con esta teoría, que el matrimonio es a la vez un contrato y una institución. En suma, "mientras que el matrimonio como acto es un contrato, como estado es una institución".

Aun cuando el Código Civil no lo señale de manera expresa, queda meridianamente claro que esta última es la teoría que ha adoptado. En efecto, el carácter voluntario, consensual y bilateral del matrimonio en nuestro Código permite advertir la presencia de la corriente contractualista. La legalidad y la finalidad de hacer vida en común, por su parte, informan de la corriente institucionalista que nutre a esta institución.

#### **1.4.- COLOCACIÓN FAMILIAR**

La colocación familiar es una institución cuya finalidad es la de atender a niños huérfanos o abandonados. El tratadista argentino Guillermo Cabanellas señala que la colocación familiar constituye una especie de adopción pública, en el que el acogente debe alimentar al niño hasta los doce años, proporcionarle enseñanza, educarlo, vestirlo,

no someterlo a explotación alguna e infundirle sentimientos religiosos, patrióticos y humanitarios de calificada aprobación.

En el Perú previa a la adopción de menores, éstos son entregados en colocación familiar a determinadas personas con la finalidad que se encarguen de su cuidado y protección hasta que posteriormente sean entregados en adopción.

De otro lado existen las llamadas Aldeas Infantiles, Hogares, Orfelinatos y en general las instituciones que albergan o tienen bajo su cuidado y protección a menores de edad en situación de presunto abandono colaboraran con la Oficina de Adopciones en el impulso de los procesos judiciales de investigación tutelar, a fin de que si hubiera lugar a la declaración judicial de abandono puedan tales menores de edad ser promovidos en adopción.

## **CAPITULO II**

### **DISEÑO METODOLÓGICO**

#### **2.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Corresponde a la Defensoría del Niño y del Adolescente conocer sobre la colocación familiar, a tenor de lo que prescribe el inciso d) del artículo 45 del Código de los Niños y Adolescentes; defensoría que actuara en las instancias administrativas de las instituciones públicas y privada de atención a los niños y adolescentes. Siendo su finalidad la de promover y proteger los derechos que la legislación reconoce a los niños y adolescente, siendo un servicio gratuito; por lo que en casos de menores que se encuentren en situación de abandono, tienen la facultad de entregarlos en colocación familiar en forma provisional con la finalidad que se encarguen de su cuidado y protección hasta sean entregados en adopción; el problema se presenta porque hay personas que acogen en su seno familiar a menores declarados en abandono, los cuidan y protegen, es decir les brindan todas las atenciones necesarias como si fueran sus hijos, encariñándose con ellos y después de un tiempo tienen que devolverlos porque han sido entregados en adopción a otras personas; por lo que cabe formularse la siguiente interrogante:

#### **2.2.- FORMULACION DEL PROBLEMA**

¿DEBEN DE DARSE EN ADOPCION, EN FORMA PREFERENTE A LOS MENORES EN SITUACIÓN DE ABANDONO, A LAS PERSONAS QUE LOS HAYAN ACOGIDO EN COLOCACIÓN FAMILAR?

### **2.3.-JUSTIFICACIÓN**

La investigación planteada se justifica porque cuando una persona acoge a un menor, cuidándolo como si fuera su hijo, siente una frustración cuando le es arrebatado simplemente porque ha sido entregado en adopción a otra persona; por lo que consideramos que con esta investigación lo que se busca es contribuir a revertir esta situación; en consecuencia el presente trabajo de investigación tiene su razón de ser.

### **2.4.- VIABILIDAD**

No obstante a las limitaciones sobre la escasa bibliografía si el posible la realización y culminación del presente trabajo de investigación.

### **2.5.- OBJETIVOS**

#### **2.5. 1.- OBJETIVO GENERAL**

Demostrar las razones por las cuales debe de dárseles preferencia en la adopción a las personas que tengan acogimiento familiar a los menores

#### **2.5.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- 1.- Analizar casos en los cuales se prefiere a otras personas en la adopción y no a quienes han acogido a los menores.
- 2.- Analizar el si la Defensoría del Niño y del Adolescente cumple con las funciones encomendadas

## **2.6.- HIPÓTESIS**

Las personas que hayan acogido a menores en colocación familiar, deben de tener preferencia para que se les entregue a los menores en adopción.

## **2.7.- VARIABLES**

### **2.7.1.- VARIABLE INDEPENDIENTE**

Adopción de menores

### **2.7.2.- VARIABLE DEPENDIENTE**

Acogimiento familiar

### **2.7.3.- CONCEPTUALIZACIÓN DE LAS VARIABLES**

**V.I:** Adopción de menores: **Por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea**<sup>26</sup>

**V,D: Acogimiento familiar** Es conocido como colocación familiar y no es otra cosa que suministrar al niño que la necesita, una familia apropiada, con la finalidad de remediar carencias efectivas y pedagógicas o ponerlo cubierto de riesgos materiales o morales evidentes.

Es una institución de protección de menores de carácter transitorio que consiste en la entrega de un menor, por resolución judicial o administrativa a una familia o persona para que se encargue de su cuidado y protección, es decir que en forma provisional ejerce las funciones de tutela y tenencia.

---

<sup>26</sup> Artículo 377 del Código Civil.



#### 2.7.4.- OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

##### INDICADORES

VARIABLES	INDICADOR	FUENTE
<b>Independiente</b>  <b>V1:</b> Adopción de menores	<b>V.I.-</b>  Normas permisivas	-Doctrinaria -Documental Jurisprudencial
<b>Dependiente:</b>  Acogimiento familiar	<b>V.D.-</b>  Menores en abandono	-Doctrinaria -Documental Jurisprudencial

#### 2.8.- METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

##### 2.8.1.- TIPO DE INVESTIGACIÓN

En el presente trabajo de investigación, es de tipo analítica explicativa, dado que se realizará una explicación sobre las razones por las cuales se hace necesario el tratamiento del tema.

##### 2.8.2.- TÉCNICAS Y MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

###### 2.8. 2.1. TÉCNICAS

La técnica a emplearse será aquella que privilegie los documentos, llevándose a cabo una recopilación de los mismos, es decir la técnica bibliográfica

### **2.8. 2.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN**

#### **METODO EXPLICATIVO:**

El método explicativo por cuanto se tomará en cuenta cada uno de los factores que influyen para que menores en acogimiento familiar sean adoptados por quien los acogió.

**MÉTODO DOGMÁTICO:** Con la finalidad de poder conocer la naturaleza jurídica, de la adopción y el acogimiento familiar

**MÉTODO DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICO:** Con la finalidad de reforzar la interpretación del derecho

## CAPITULO III

### PROBANZA DE LA HIPOTESIS

#### 3.1.- ANALISIS JURISPRUDENCIAL

Con la finalidad de probar nuestra hipótesis se hace un análisis de un pleno jurisdiccional en el cual se analiza casos de niños entregados en colocación familiar, para lo cual se hace un análisis de los siguientes acuerdos del pleno de 1997:

I.- *“En los distritos judiciales con mayor población y con varios juzgados de la especialidad, se vienen suscitando interpretaciones contradictorias respecto a la competencia que establecen las normas del Código de los Niños y Adolescentes en materia de adopción por excepción. Así por ejemplo algunos juzgados que tuvieron a su cargo la investigación tutelar a favor de un niño que luego dado en colocación familiar –o en guarda con el anterior Código de Menores- han considerado que les corresponde la tramitación dentro del mismo cuaderno, de la solicitud de adopción que en fecha posterior han planteado los guardadores o los beneficiados con la colocación acogiéndose a los casos de excepción especificados en el artículo 145 del Código de los Niños y Adolescentes (actualmente artículo 128)-*

*Otros por el contrario, a pesar de haber tramitado la investigación tutelar y teniendo los antecedentes del caso, se inhiben de su conocimiento y lo han transferido a otra jurisdicción pues a su criterio, tratándose de una demanda nueva en vía civil, no necesariamente corresponde a su despacho darle trámite, sino que puede ser materia de la distribución aleatoria que como cualquier otra demanda, se realiza entre los Juzgados que atienden carga de contenido civil.*

*Si en un caso determinado el niño hubiera sido materia de una declaración de estado de abandono, pero los guardadores deciden iniciar una acción civil acogiéndose*

*a los casos de excepción: ¿debe el juez de la investigación tutelar inicial continuar con el trámite de la adopción en el mismo cuaderno o por el contrario debe remitirlo al juez que con competencia civil, debe tramitarla como una nueva demanda? No resulta extraño haber introducido en el diálogo en cuanto a este tema, algunos casos que se han suscitado con las adopciones encaminadas por la Secretaría Técnica de Adopciones a cargo del PROMUDEH en la fecha, y antes del Ministerio de la Presidencia. Así, todos conocemos que aún son muchos los distritos judiciales en los cuales, a pesar de la cercanía -Junín por ejemplo- todavía no se cuenta con un nexo eficaz con dicha Secretaría, entonces es importante conocer de las necesidades de poblaciones como la mencionada, en las cuales existe un índice alto de niños desatendidos por sus familiares, que pupulan en las calles arriesgando su propia integridad.*

*Evidentemente es en estos casos que el área tutelar de competencia del Juzgado de Familia adquiere una sensibilidad especial y a pesar de los esfuerzos del juez, no puede enfocar una solución solo desde el punto de vista jurídico sino también resulta imprescindible la participación de los demás entes estatales y privados, pues se trata de un problema social que debe ser atendido de manera integral. Por mayoría de 38 votos se acordó que la adopción civil es independiente de la investigación tutelar y, por lo tanto, el juez de familia en lo civil es competente para conocer de las solicitudes de adopción. Una posición de minoría de 4 votos sostuvo que el juez tutelar que tuvo a su cargo la investigación tutelar es competente para conocer de las adopciones civiles. (I Pleno Jurisdiccional, Acuerdo N° 2, Ica, 1997)*

Este acuerdo plenario corrobora nuestra hipótesis, porque entre otros aspectos se refiere también a las adopciones de menores de edad que previamente han sido entregados en colocación familiar; y que nosotros consideramos que quien tiene un menor en colocación familiar debe tener preferencia para que se le entregue en adopción.

*II.- Resulta difícil esbozar en una relación los criterios que permitan otorgar un a mayor o menor validez a la declaración prestada por un niño o adolescente en una entrevista, si conocemos de la dificultad de un diálogo prolongado con un menor de edad, que muchas veces está asustado o intimidado al acercarse al despacho judicial, sea por la opresión psicológica que los padres en conflicto ejercen sobre el mismo, por resultarle totalmente ajena y extraña la persona del juez, o porque simplemente se trata de un niño que no tiene facilidad para entablar un diálogo con personas que le resulten totalmente desconocidas. Cuáles son los criterios para valorar estas declaraciones y si existe alguna diferencia cuando se trata de un adolescente infractor o de un adolescente dentro de un proceso civil de tenencia.*

*¿Pueden acaso considerarse otros diferentes para valorar la declaración de un adolescente que viene siendo investigado por una infracción a la ley penal?*

*¿Cuáles los más prudentes en todo caso para que esta prueba tan especial y propia del derecho de Familia sea valorada en forma conjunta y razonada con las demás pruebas aportadas al caso concreto. Es por ejemplo que esta declaración en el caso de un adolescente que no está de acuerdo con la remisión que el juez desea otorgar en un proceso sobre infracción, no resulta suficiente para que se dé inicio al trámite de la investigación, y en todo caso se satisfaga el derecho del adolescente a una declaración de absolución plena?*

*Cómo ha de influir esta prueba especial que busca hacer patente el derecho de opinión del niño o adolescente.*

*Sería necesario contar durante el desarrollo de la entrevista con un apoyo de un miembro del equipo multidisciplinario especialmente en el campo de la psicología, más*

*tal apoyo aún no se ha logrado, de ahí que muchos jueces hayan introyectado técnicas de entrevista a menores de edad, para que ésta sea a la vez que lo menos traumática para el entrevistado, lo más completa posible.*

*Se acordó por consenso que los criterios a ser tomados en consideración para valorar la declaración del niño y la opinión del adolescente son los siguientes:*

- *La edad (requisito legal)*
- *El grado de madurez (requisito legal)*
- ***El entorno psicosocial***
- *El tiempo de permanencia con los padres*
- *La libertad e influencia de padres y de quienes conforman su entorno*
- *Razonamientos y valores (consistencia de las versiones)*
- *Grado de instrucción.*
- *Estado de salud física y mental.*
- *Medio familiar estadio emocional al momento de la entrevista*
- *Carácter espontáneo o programado de la declaración.” (I Pleno*

Jurisdiccional, Acuerdo N° 3, Ica, 1997)

Este acuerdo plenario corrobora nuestra hipótesis, en las adopciones de menores de edad que previamente han sido entregados en colocación familiar, por estado de abandono, se debe analizar la referencia de los menores; y que nosotros consideramos que quien tiene un menor en colocación familiar debe tener preferencia para que se le entregue en adopción.

III.- *“El ordenamiento jurídico prevé dos medidas para proteger al niño y al adolescente, esto es, a través de la colocación familiar y de la adopción. Dichas figuras tienen algunas semejanzas, pero también diferencias. La primera, importa una decisión transitoria o provisional que puede ser objeto de remoción en cualquier momento por la autoridad judicial o administrativa, mientras que la segunda implica la decisión de crear una relación paterno filial permanente con el menor abandonado. En tal sentido, la Sala Superior, al declarar improcedente la solicitud de colocación familiar, se sustenta en una interpretación errónea de los artículos 104 y 105 del Código de los Niños y Adolescentes, pues confunde la figura de colocación familiar con la adopción, ya que no está en discusión esta última, sino el pedido de colocación familiar. En consecuencia, la Sala incurre en error al calificar jurídicamente los hechos, error que lo ha conducido a aplicar las normas relativas a la adopción. Además, no ha observado la aplicación del interés superior del niño, a fin de privilegiar la protección de la menor, pese a que se aprecia que se ha adaptado adecuadamente al entorno de la solicitante, a quien incluso reconoce como su madre, situación que resulta más favorable frente a la permanencia en un albergue. De lo contrario, se estaría prefiriendo la institucionalización de la menor, situación que no se compara con la relación íntima, familiar, continua y sostenedora que brinda el calor de una madre y un hogar”* (Casación Número 1559-2010-Ica)

Esta casación corrobora nuestra hipótesis, al hacer una diferenciación entre adopción y colocación familiar, pues la colocación familiar es provisional y la adopción es definitiva en consecuencia las personas que tienen bajo colocación familiar a menores de edad que han sido declarados en abandono, deben tener la preferencia para que sean adoptadas por ellas.

### 3.2.- ANALISIS y PRESENTACION DE RESULTADOS

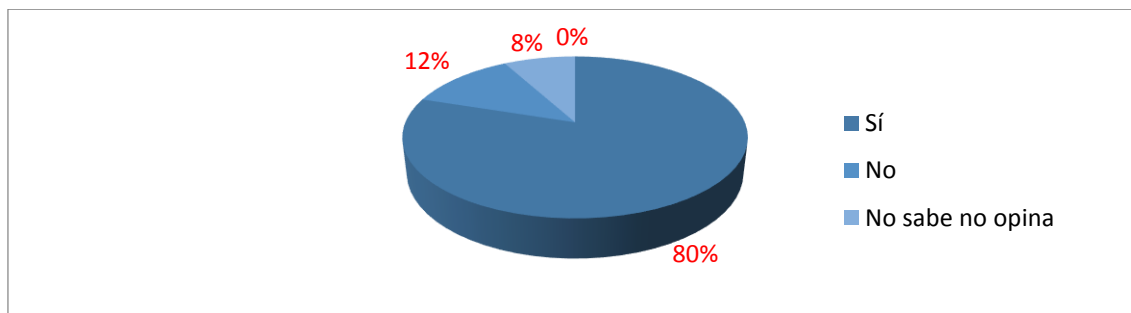
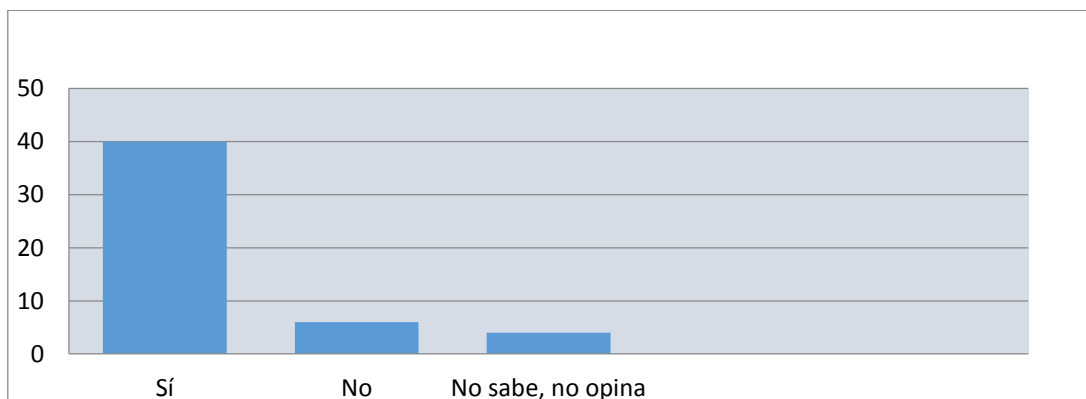
En los resultados de esta investigación se hace como una reflexión final de los resultados obtenidos del trabajo de campo, lo que se ha hecho en función del problema de investigación, objetos de estudio, las hipótesis, y las variables.

#### 3.2.1.- Análisis de Tablas y Gráficos

##### 1.- ¿Conoce cuál es la diferencia entre adopción y colocación familiar?

Sí	40	80%
No	6	12%
No sabe no opina	4	8%

Total	50
-------	----



<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “80%” eligieron:	Sí

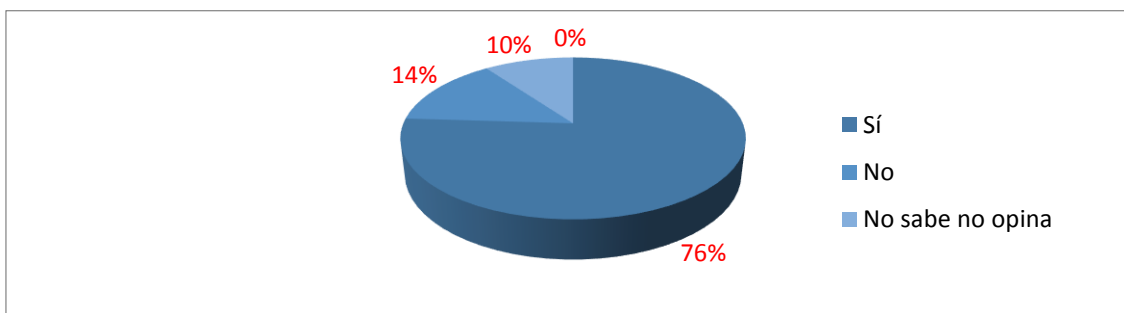
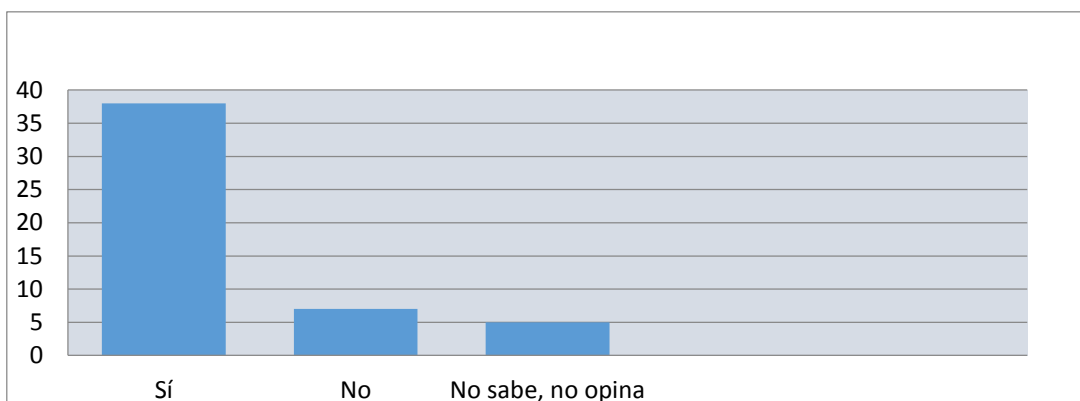


El “12%” eligieron:	No
El “8%” eligieron	No sabe, no opina

## 2.- ¿Considera que es más perfecta la adopción que la colocación familiar?

Sí	38	76%
No	7	14%
No sabe no opina	5	10%

Total	50
-------	----

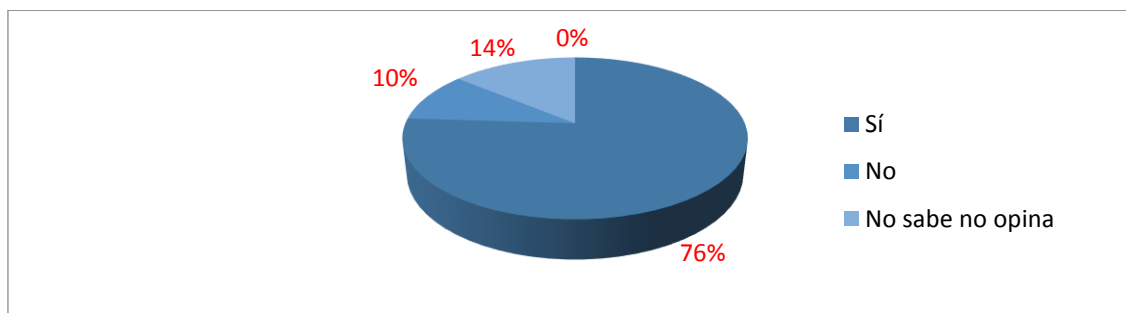
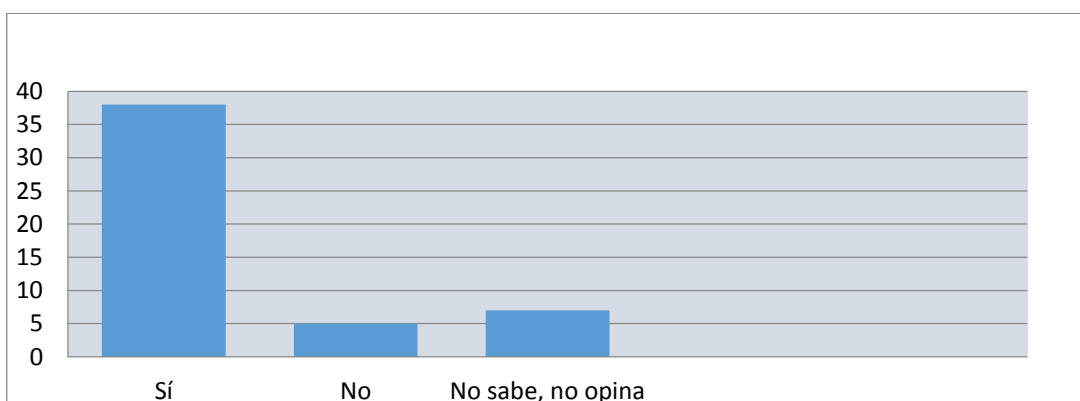


<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “76%” eligieron:	Sí
El “14%” eligieron:	No
El “10%” eligieron	No sabe, no opina

### 3.- ¿Conoce que para la adopción debe declararse el abandono del menor?

Sí	38	76%
No	5	10%
No sabe no opina	7	14%

Total	50
-------	----

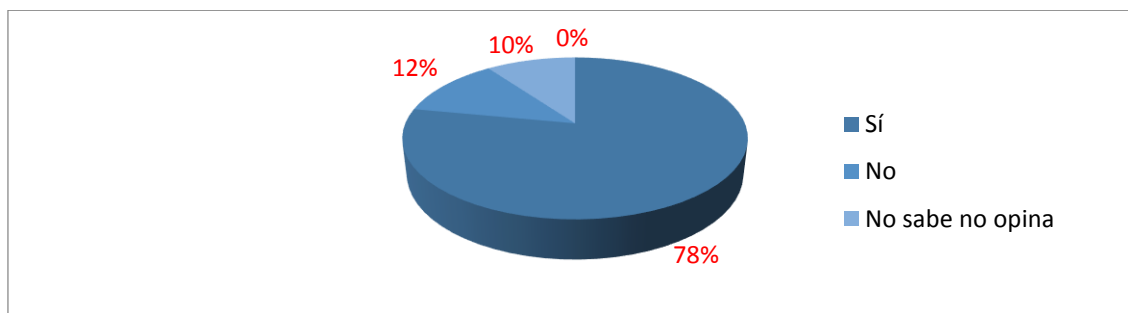
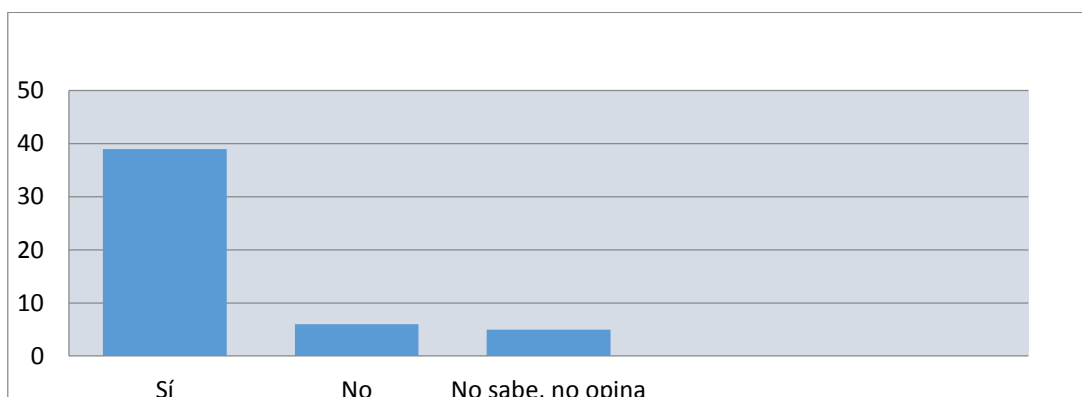


<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “76%” eligieron:	Sí
El “10%” eligieron:	No
El “14%” eligieron	No sabe, no opina

**4.- ¿Conoce que muchos niños antes de ser entregados en adopción son entregados en colocación familiar?**

Sí	39	78%
No	6	12%
No sabe no opina	5	10%

Total	50
-------	----

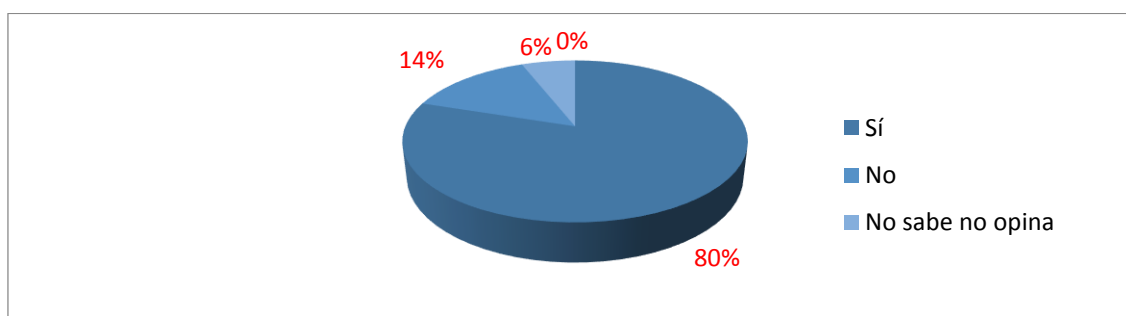
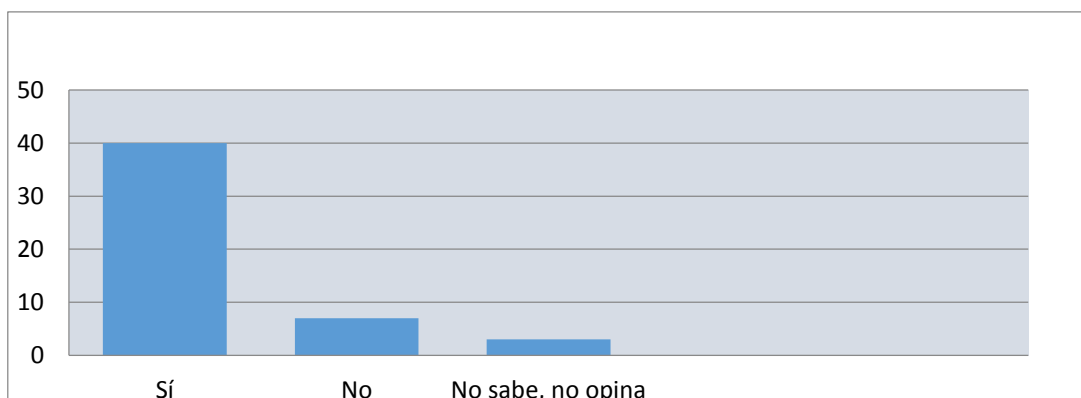


<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “78%” eligieron:	Sí
El “12%” eligieron:	No
El “10%” eligieron	No sabe, no opina

**5.- ¿Conoce que existen muchos menores de edad en abandono físico y moral?**

Sí	40	80%
No	7	14%
No sabe no opina	3	6%

Total	50
-------	----



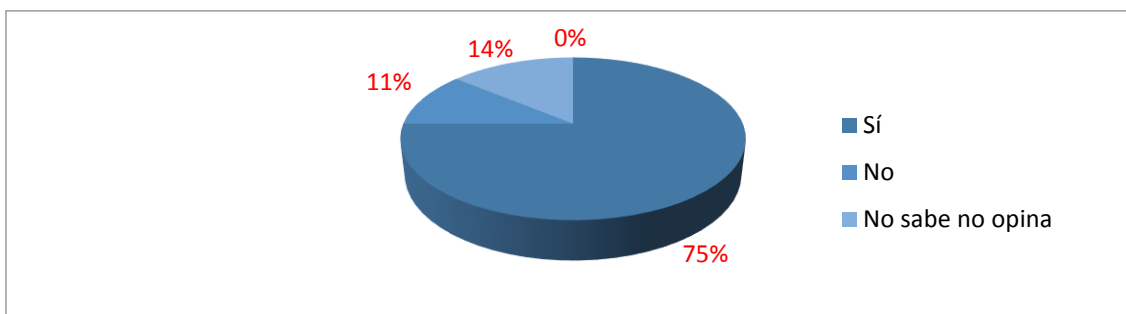
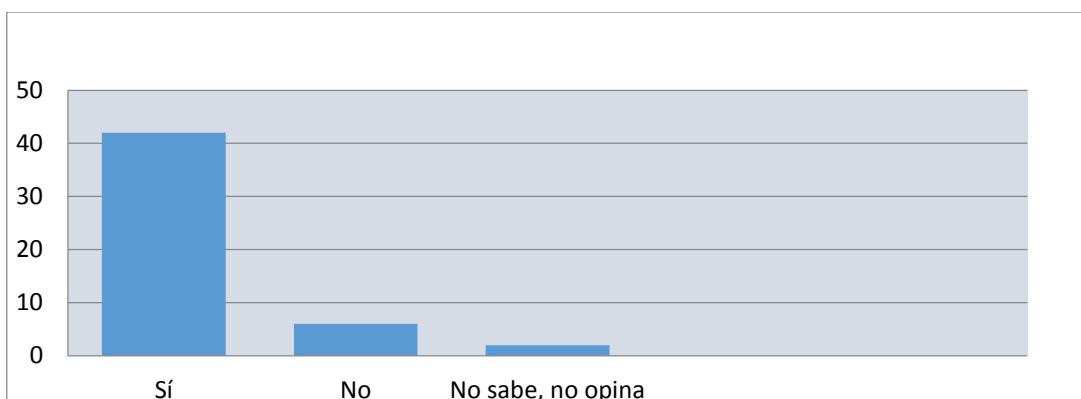
<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “80%” eligieron:	Sí
El “14%” eligieron:	No
El “6%” eligieron	No sabe, no opina

**6.- ¿Considera que para entregar a un menor de edad en adopción debe hacerse una investigación rigurosa?**

Sí	42	84%
No	6	12%

No sabe no opina	2	4%
------------------	---	----

Total	50
-------	----

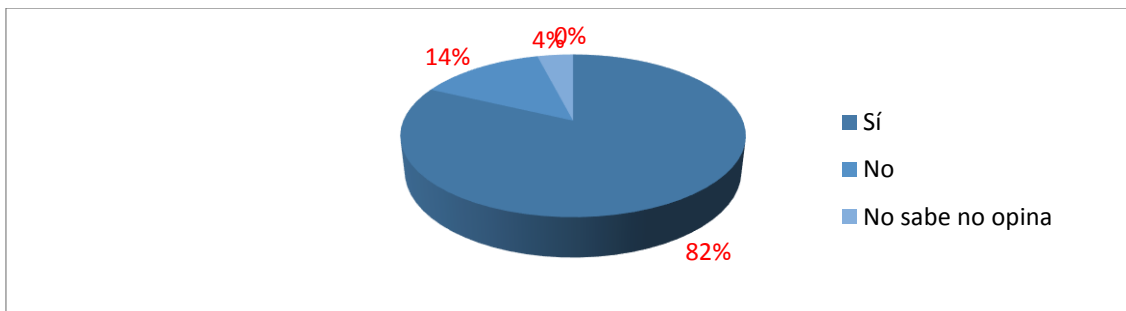
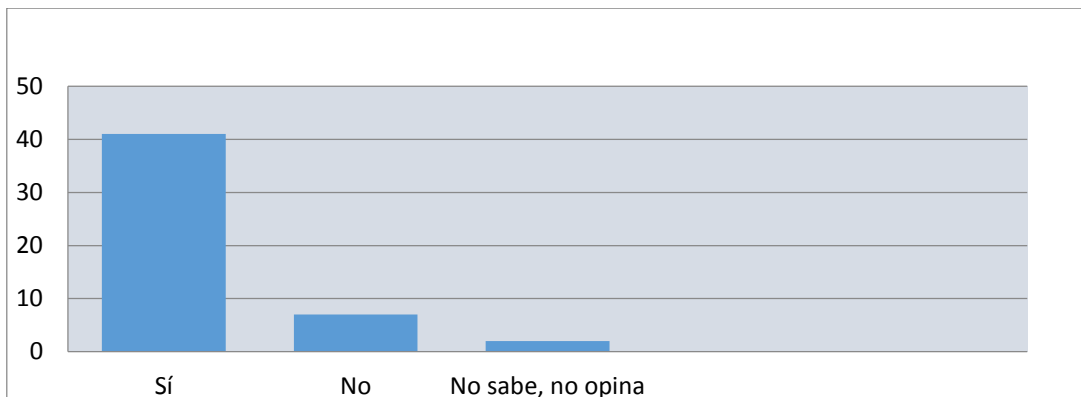


<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “75%” eligieron:	Sí
El “11%” eligieron:	No
El “14%” eligieron	No sabe, no opina

**7.- ¿Considera que con la colocación familiar se cumple con el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente?**

Sí	41	82%
No	7	14%
No sabe no opina	2	4%

Total	50
-------	----



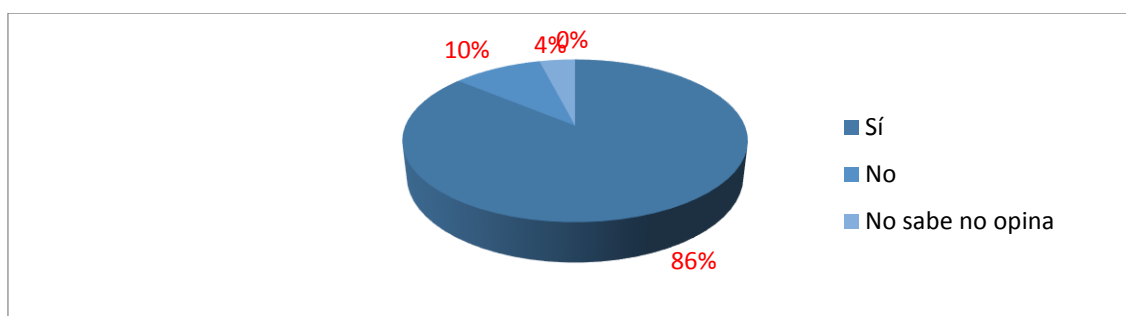
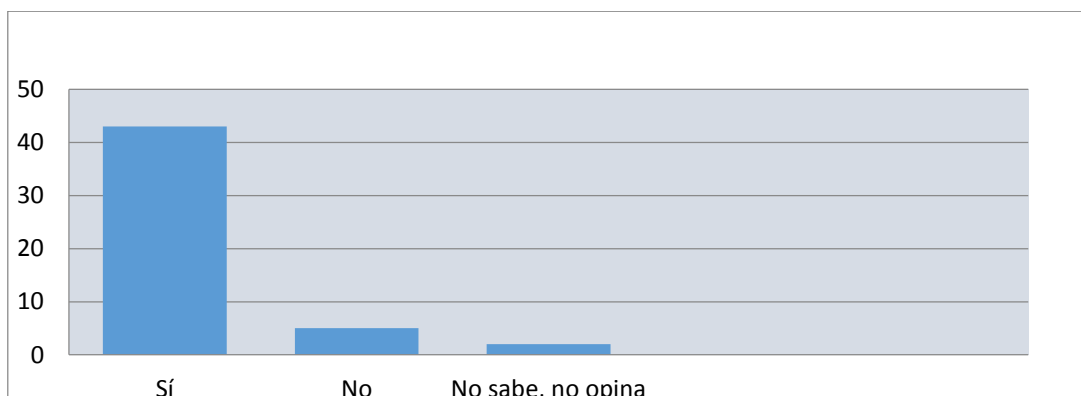
<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “75%” eligieron:	Sí
El “11%” eligieron:	No
El “14%” eligieron	No sabe, no opina

**8.- ¿Considera que las personas que tienen en colocación familiar a menores declarados en abandono deben de tener la preferencia para adoptarlos?**

Sí	43	86%
----	----	-----

No	5	10%
No sabe no opina	2	4%

Total	50
-------	----



<b>Conclusiones Finales:</b>	
El “86%” eligieron:	Sí
El “10%” eligieron:	No
El “4%” eligieron	No sabe, no opina

Resumiendo el resultado de las encuestas, conforme se aprecia en los cuadros, podemos concluir, que de los cincuenta abogados entrevistados, cuarenta y tres (43), es decir el ochenta y seis por ciento consideran que debe de darse preferencia para la adopción, a las personas que tengan a los menores en colocación familiar

## **CONCLUSIONES:**

**PRIMERA:** El objetivo de la adopción es el de brindar a los padres que no cuentan con hijos la posibilidad de poder contar con el privilegio de tenerlos y de esta manera formar una familia.

**SEGUNDA:** La adopción es una institución jurídica de suma importancia por su doble aspecto de utilidad social; en primer lugar porque permite al menor abandonado o sin padres contar con una familia que le pueda proporcionar un hogar con los cuidados necesarios para su desarrollo, y en segundo lugar porque permite a los padres que no cuentan con hijos tener el privilegio de poder tenerlos.

**TERCERA:** Cuando un menor de edad declarado en abandono lo recibe una persona en colocación familiar, se acostumbra a vivir con él formando lazos de familiaridad que no debe ser dejada de lado, por lo que debe dársele la preferencia en la adopción.

**CUARTA:** Teniendo en cuenta el interés superior del niño como un principio fundamental, que consagra el derecho a ser incluido al seno de una familia donde le brinden amor y comprensión entre otras cosas necesarias para un mejor desarrollo del menor adoptado, resulta indispensable que se prefiera a las personas que tienen al menor en colocación familiar para la adopción.



## RECOMENDACIONES

**PRIMERA:** Se recomienda que las personas que reciban menores en colocación familiar sean las llamadas a recibirlos en adopción en forma preferencial.

**SEGUNDA:** Se recomienda que debe de brindarse facilidades a las personas que tiene a menores en colocación familiar no sean privadas del derecho de poder adoptarlos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

**ARIAS –SCHREIBER PEZET, MAX. (2001)** “Exégesis del Código Civil Peruano 1984”. Lima. Editorial Gaceta Jurídica.

**CABANELLAS, Guillermo (1979).** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo II, Buenos Aires-Argentina. Editorial Heliasta S.R.L.

**CABANELLAS Guillermo (1979).** Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V. Buenos Aires - Argentina, Editorial Heliasta S.R.L.

**CABANELLAS DE TORRES Guillermo (2002),** “Diccionario Jurídico Elemental. Buenos Aires-Argentina Editorial Heliasta.

**CARBONELL LOZO, Fernando (2007),** Manual de Derecho de los Niños y Adolescentes, Ediciones Jurídicas.

**CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. (2015)** Lima-Perú. Gaceta Jurídica. Jurista Editores.

**CODIGO CIVIL COMENTADO (Abril 2011),** tercera edición, **Comentan 209 Especialistas en la diversas materias del Derecho Civil.** Derecho de familia. Tomo II. Lima- Perú. Gaceta Jurídica.

**CORNEJO CHÁVEZ Héctor (1998),** Derecho Familiar Peruano; Gaceta jurídica Editores, Tomo I Sociedad Conyugal.

**CORNEJO FAVA, María Teresa,** Matrimonio y Familia su tratamiento en el Derecho tercer milenio.

**CHUNGA LAMONJA, Fermín (1999).** DERECHO DE MENORES. Sexta edición. Lima- Perú. Editorial Grijley.

**FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS (1990).** “Tratado de Derecho Civil”. Tomo I. Publicaciones de la Universidad de Lima. Lima,

**HINOSTROZA, Alberto,** Derecho de Familia – Doctrina y Jurisprudencia, 3ra Edición, Editorial San Marcos.

**MARCONE MARCELO, Juan. Diccionario Jurídico y Ciencias Auxiliares. Tomo II Editores S. A.**

**OMAR A. SAR (2006). CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.** Tercera Edición **Lima-Perú.** Ed. Nomos & thesis.

**VARSÍ ROSPIGLISI, Enrique (2004),** Divorcio, Filiación y patria Potestad, Lima. Editora Jurídica Grijley.

**VEGA MERE, Yury (2004),** Derecho de Familia, Editora Jurídica Motivensa, 3era edición 2004.

# ANEXOS

## ANEXO 1-A

### ENCUESTA PARA EL DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

Fecha de aplicación_____	
Responda cada una de las siguientes preguntas:	
1.	¿Conoce cuál es la diferencia entre adopción y colocación familiar? SI ( ) NO ( ) NO SABE O NO OPINA ( )
2.	¿Considera que es más perfecta la adopción que la colocación familiar? SI ( ) NO ( ) NO SABE O NO OPINA ( )
3.	¿Conoce que para la adopción debe declararse el abandono del menor? SI ( )NO( ) NO SABE O NO OPINA( )
4.	¿Conoce que muchos niños antes de ser entregados en adopción son entregados en colocación familiar? SI ( ) NO ( ) NO SABE O NO OPINA ( )
5.	¿Conoce que existen muchos menores de edad en abandono físico y moral? SI ( ) NO ( ) NO SABE O NO OPINA ( )
6.	¿Considera que para entregar a un menor de edad en adopción debe hacerse una investigación rigurosa? SI ( ) NO ( ) NO SABE O NO OPINA ( )
7.	¿Considera que con la colocación familiar se cumple con el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente? SI ( ) NO ( ) NO SABE O NO OPINA ( )
8.	¿Considera que las personas que tienen en colocación familiar a menores declarados en abandono deben de tener la preferencia para adoptarlos? SI ( ) NO ( ) NO SABE O NO OPINA ( )